CONCEPTOS BÁSICOS DEL DERECHO

Eduardo Antinori

Conceptos Báscios del Derecho

Editorial de la
Universidad del Aconcagua

Antinori, Néstor Eduardo
Conceptos básicos del derecho - 1a ed. - Mendoza : Universidad del Aconcagua, 2006. 412 p. ; 21x16 cm.

ISBN 987-23232-0-8

1. Derecho-Educación Superior. I. Título

CDD 340.711.

Diseño de tapa y diagramación: Arq. Gustavo Cadile

Imagen de tapa: Código de Hamurabi

Copyright by Editorial de la Universidad del Aconcagua

Catamarca 147 (M5500CKC) Mendoza

Teléfono (0261) 5201681

e-mail: editorial@uda.edu.ar

Queda hecho el depósito que marca la ley 11723.

Impreso en Argentina

Primera Edición : diciembre de 2006

I.S.B.N. 987-23232-0-8 (I.S.B.N.13: 987-987-23232-0-2)

Reservados todos los derechos. No está permitido reproducir, almacenar en sistemas de recuperación de la información ni transmitir ninguna parte de esta publicación, cualquiera sea el medio empleado – electrónico, mecánico, fotocopia, grabación, etc.-, sin el permiso previo de los titulares de los derechos de propiedad intelectual..

A mi Mujer especialmente,

por su constante apoyo e indispensable compañía diaria.

A familiares, amigos y alumnos,

por exigir a diario mi superación personal

ÍNDICE

PRÓLOGO 21
CAPITULO I. El Derecho 25
I.1. Concepto 25
I.2. Derechos Objetivos y Derechos Subjetivos 27
I.3. Derecho Natural y Derecho Positivo 28
I.4. Diversas Concepciones del Derecho 30
I.4.1. Iusnaturalismos y Positivismo 30
I.5. El Common Law 33
I.6. Fuentes del Derecho 35
I.6.1. La Ley 35
I.6.1.1. Caracteres 36
I.6.2. La Costumbre Jurídica 38
I.6.3. Jurisprudencia 40
I.6.4. La Doctrina 41

CAPITULO II. Personas 45
II.1. Concepto y tipologías 45
II.1.1. Personas de Existencia Visible 46
II.1.1.1. Concepción y Embarazo 47
II.1.1.2. El Nacimiento 48
II.1.1.3. Atributos Inherentes a las Personas 50
II.1.1.3.1. El Nombre 51
II.1.1.3.1.1. Reglas para la Elección 52
II.1.1.3.1.2. Cambio de Nombre 53
II.1.1.3.1.3. El Apellido 53
II.1.1.3.2. Domicilio 54
II.1.1.3.2.1. Clasificación 55

II.1.1.3.2.1.1. Domicilio General 56
II.1.1.3.2.1.2. Domicilio Legal 57
II.1.1.3.2.1.2.1. Caducidad del Domicilio Legal 57
II.1.1.3.2.1.3. Domicilio Real 58
II.1.1.3.2.1.4. Domicilio Especial 60
II.1.1.3.3. El Estado 60
II.1.1.3.3.1. Posesión de Estado 62
II.1.1.3.3.2. Prueba de la existencia y del Estado de las Personas 63
II.1.1.3.3.2.1. Disposiciones legales sobre la prueba del nacimiento 64
II.1.1.3.3.2.1.1. Prueba supletoria 65
II.1.1.3.3.2.2. Prueba de la defunción 66
II.1.1.3.3.2.2.1. Prueba supletoria del fallecimiento .. 66
II.1.1.3.3.3. Extinción de las personas 67
II.1.1.3.3.3.1. La Muerte Natural 67
II.1.1.3.3.3.1.1. Efectos en relación con los Derechos 68
II.1.1.3.3.3.1.2. Efectos en relación con los Atributos Inherentes 68
II.1.1.3.3.3.1.3. Efectos en relación con los Derrechos Extrapatrimoniales 69
II.1.1.3.3.3.1.4. Efectos en relación con los Derechos. Patrimoniales 69
II.1.1.3.3.3.1.5. Prueba de la muerte y Prueba supletoria 70
II.1.2. Personas de Existencia Ideal o Jurídicas 70
II.1.2.1. Comienzo de la Existencia 71
II.1.2.2. Extinción de las Personas Jurídicas 72
II.1.2.3. Clasificación. Enumeración Legal 73
II.1.2.3.1. Personas Jurídicas Públicas 73
II.1.2.3.2. Personas Jurídicas Privadas 75
II.1.2.4. Fin de la Existencia 78

CAPITULO III. Capacidad 83
III.1. Concepto 83
III.1.1. Caracteres 84
III.2. Incapacidad de Hecho y Derecho 84
III.3. Incapacidad Absoluta y Relativa 86
III.3.1. Incapacidad Absoluta 87
III.3.1.1. Personas por Nacer 87

III.3.1.2. Menores Impúberes 88
III.3.1.3. Dementes Interdictos 89
III.3.1.3.1. Requisitos para Declarar la Demencia 90
III.3.1.3.2. Validez de los Actos 91
III.3.1.3.3. Cesación de la Incapacidad 93
III.3.1.4. Sordomudos 94
III.3.2. Incapacidad Relativa 94
III.3.2.1. Menores que han Cumplido 18 años de Edad 95
III.3.2.1.1. Efectos de los Actos de Menores Impúberes y Púberes 96
III.3.2.2. Inhabilitados 97
III.3.2.3. Cesación de la Incapacidad 99
III.3.2.3.1. Mayoría de Edad 99
III.3.2.3.2. Emancipación Civil 100
III.3.2.3.2.1. Emancipación por Matrimonio 100
III.3.2.3.2.2. Emancipación por Habilitación de Edad 101
III.3.2.3.3. Régimen de Capacidad de los Emancipados 102
III.3.2.3.3.1. Actos Absolutamente Prohibidos 102
III.3.2.3.3.2. Actos Sujetos a Autorización Judicial 103

CAPITULO IV. Objeto de la Relación Jurídica 107
IV.1. Derechos Subjetivos 107
IV.2. Teoría del Abuso del Derecho 108
IV.2.1. Criterios 109
IV.2.2. Criterio de Nuestro Código Civil 110
IV.3. El Patrimonio 111
IV.4. Derechos Patrimoniales 112
IV.4.1. Derechos Reales 112
IV.4.2. Derechos Personales 112
IV.4.3. Derechos Intelectuales 113
IV.5. El Patrimonio como Garantía de los Acreedores 114
IV.6. Bienes y Cosas 114
IV.6.1. Cosas Muebles e Inmuebles 115
IV.6.1.1. Cosas Inmuebles 115
IV.6.1.2. Cosas Muebles 116
IV.6.2. Cosas Fungibles y No Fungibles 117
IV.6.3. Cosas Consumibles y No Consumibles 118
IV.6.4. Cosas Divisibles e Indivisibles 118
IV.6.5. Cosas Principales y Accesorias 119

CAPITULO V. Causa de la Relación Jurídica 123
V.1. Los Hechos en General 123
V.2. Hechos Jurídicos 125
V.2.1. Clasificación de los Hechos Jurídicos 128
V.3. Teoría de los Actos Jurídicos 129
V.4. Actos Voluntarios 129
V.4.1. Condiciones Internas 130
V.4.1.1. Discernimiento 131
V.4.1.1.1. Causas Obstativas del Discernimiento 132
V.4.1.1.1.1. Inmadurez 133
V.4.1.1.1.2. Insanidad Mental 133
V.4.1.2. Intención 134
V.4.1.2.1. Causas Obstativas de la Intención 135
V.4.1.2.1.1. Error o Ignorancia 135
V.4.1.2.1.2. Dolo 135
V.4.1.3. Libertad 136
V.4.1.3.1. Causas Obstativas de la Libertad 136
V.4.2. Condiciones Externas 137
V.4.2.1. Declaración Formal y No Formal 137
V.4.2.2. Declaración Expresa y Tácita 138
V.4.2.3. Declaración Presumida por la Ley 139
V.4.2.4. El Silencio como Manifestación de la Voluntad 139
V.5. Prevalencia de Condicienos Internas y Externas 140
V.6. Imputabilidad de los Actos Voluntarios 140
V.7. Efectos de los Actos Involuntarios 142
V.8. Actos Jurídicos 143
V.8.1. Caracteres del Acto Jurídico 144
V.8.2. Clasificación de los Actos Jurídicos 145
V.8.2.1. Actos Positivos o Negativos 145
V.8.2.2. Actos Unilaterales o Bilaterales 145
V.8.2.3. Actos Entre Vivos o de Última Voluntad 146
V.8.2.4. Actos Onerosos o Gratuitos 146
V.8.3. Elementos Esenciales de los Actos Jurídicos 146
V.8.4. Requisitos de los Elementos de los Actos Jurídicos 147
V.8.4.1. Sujetos 147
V.8.4.2. Objeto 148
V.8.4.2.1. Cosas 149
V.8.4.2.2. Hechos 150
V.8.4.3. Forma 151
V.8.4.3.1. Principio de Libertad de Formas 152

V.8.4.3.2. Actos Formales y No Formales 153
V.8.4.3.3. Distintos Tipos de Forma..... 154
V.8.4.3.3.1. Forma Escrita 154
V.8.4.3.3.1.1. Instrumentos Públicos 154
V.8.4.3.3.1.1.1. Prueba de los Instrumentos Públicos 156
V.8.4.3.3.1.2. Instrumentos Privados 157
V.8.4.3.3.1.2.1. Prueba de los Instrumentos Privados 158
V.8.4.3.3.1.2.2. Fecha Cierta 160
V.8.5. Vicios de los Actos Jurídicos 160
V.8.5.1. Error de Hecho 160
V.8.5.2. Error de Derecho 164
V.8.5.3. Dolo..... 164
V.8.5.3.1. Sanciones a que da Lugar el Dolo 166
V.8.5.4. Simulación..... 166
V.8.5.4.1. Requisitos 167
V.8.5.4.2. Clases de Simulación..... 168
V.8.5.4.2.1. Simulación Absoluta y Relativa..... 168
V.8.5.4.2.2. Simulación Lícita e Ilícita 168
V.8.5.4.2.3. Acción de Simulación 169
V.8.5.4.2.3.1. Acción Deducida por las Partes..... 169
V.8.5.4.2.3.2. Acción Deducida por los Terceros 171
V.8.5.5. Fraude..... 172
V.8.5.5.1. Requisitos 173
V.8.5.5.1.1. Actos a Título Oneroso 174
V.8.5.5.1.2. Actos a Título Gratuito 174
V.8.5.5.1.3. Subadquisición de Bienes 174
V.8.5.5.1.4. Titular de la Acción..... 175
V.8.5.6. Lesión Subjetiva..... 176
V.8.6. Nulidades 178
V.8.6.1. Actos Nulos y Actos Anulables..... 179
V.8.6.2. Nulidad Absoluta y Nulidad Relativa..... 180
V.8.6.3. Nulidad Total y Nulidad Parcial..... 181
V.8.6.4. Actos Nulos 182
V.8.6.4.1. Actos Nulos por poseer Vicios en el Sujeto..... 182
V.8.6.4.2. Actos Nulos por poseer Vicios en el Objeto..... 183
V.8.6.4.3. Actos Nulos por poseer Vicios en la Forma 184
V.8.6.5. Actos Anulables 185
V.8.6.5.1. Actos Anulables por poseer Vicios en el Sujeto 185
V.8.6.5.2. Actos Anulables por poseer Vicios en el Objeto 186
V.8.6.5.3. Actos Anulables por poseer Vicios en la Forma..... 186
V.8.6.6. Confirmación..... 187

V.8.6.6.1. Actos Susceptibles de Confirmación 187
V.8.6.6.2. Especies de Confirmación..... 187
V.8.6.6.2.1. Confirmación Expresa 187
V.8.6.6.2.2. Confirmación Tácita..... 188
V.8.6.6.2.3. Efectos..... 188

CAPITULO VI. Extinción de la Relación Jurídica 191
VI.1. Introducción 191
VI.2. Hechos y Actos Jurídicos Extintivos 191
VI.2.1. Hechos Extintivos 192
VI.2.2. Actos Extintivos..... 193

CAPITULO VII. Obligaciones..... 197
VII.1. Importancia 197
VII.2. Concepto 198
VII.3. Antecedentes Históricos..... 199
VII.4. Elementos Esenciales 199
VII.4.1. Sujetos 199
VII.4.1.1. Requisitos 200
VII.4.1.2. Obligaciones Ambulatorias o “Propter Rem” 201
VII.4.2. Objeto 201
VII.4.3. Causa 204
VII.4.3.1. Presunción de la Causa 206
VII.4.3.2. Falsa Causa 207
VII.4.3.3. Causa Ilícita 207
VII.5. Clasificación de las Obligaciones 208
VII.5.1. Según la Naturaleza del Vínculo 208
VII.5.2. Según la Naturaleza del Objeto 209
VII.5.2.1. Obligaciones de Dar..... 209
VII.5.2.1.1. Obligaciones de Dar Cosas Ciertas 210
VII.5.2.1.2. Obligaciones de Dar Cosas Inciertas No Fungibles 212
VII.5.2.1.3. Obligaciones de Dar Cosas Fungibles o Cantidades de Cosas..... 213
VII.5.2.1.4. Obligaciones de Dar Sumas de Dinero..... 214
VII.5.2.1.4.1. Ley de Convertibilidad 214
VII.5.2.1.4.2. Intereses 215
VII.5.2.2. Obligaciones de Hacer 216
VII.5.2.3. Obligaciones de No Hacer 217
VII.5.2.4. Obligaciones de Objeto Plural o Conjunto 218

VII.5.2.4.1. Obligaciones Alternativas 218
VII.5.2.4.2. Obligaciones Facultativas 219
VII.5.2.5. Obligaciones Divisibles e Indivisibles..... 219
VII.5.2.5.1. Obligaciones de Dar Divisibles..... 220
VII.5.2.5.2. Obligaciones de Dar Indivisibles 220
VII.5.2.5.3. Obligaciones de Hacer Divisibles e Indivisibles..... 220
VII.5.2.5.4. Obligaciones de No Hacer Divisibles e Indivisibles 220
VII.5.3. Según el Sujeto..... 221
VII.5.3.1. Obligaciones Simplemente Mancomunadas 221
VII.5.3.2. Obligaciones Solidarias 222
VII.5.4. Según el Grado de Autonomía o Dependencia..... 224
VII.5.5. Según la Existencia o Inexistencia de Modalidad 225
VII.5.5.1. Condición 225
VII.5.5.1.1. Condición Suspensiva 227
VII.5.5.1.2. Condición Resolutoria..... 227
VII.5.5.2. Plazo 227
VII.5.5.2.1. Plazo Suspensivo 228
VII.5.5.2.2. Plazo Resolutorio 228
VII.5.5.2.3. Plazo Cierto..... 228
VII.5.5.2.4. Plazo Incierto 229
VII.5.5.3. Cargo o Modo..... 229
VII.5.5.3.1. Cargo Simple 230
VII.5.5.3.2. Cargo Condicional Suspensivo 231
VII.5.5.3.3. Cargo Condicional Resolutorio..... 231
VII.5.6. De Medio o Resultado..... 231
VII.6. Efectos de las Obligaciones 232
VII.6.1. Efectos entre las Partes..... 233
VII.6.1.1. Ejecución Voluntaria 233
VII.6.1.2. Ejecución Forzada 233
VII.6.1.2.1. Ejecución Forzada Directa 234
VII.6.1.2.1.1. Por el Deudor 234
VII.6.1.2.1.2. Por un Tercero..... 235
VII.6.1.2.2. Ejecución Indirecta 236
VII.7. Mora..... 236
VII.7.1. Sistema del Código Civil..... 237
VII.7.1.1. Obligaciones con Plazo Expreso 237
VII.7.1.2. Obligaciones Sujetas a Plazo Tácito..... 238
VII.7.1.3. Obligaciones Sin Plazo..... 239
VII.7.2. Efectos de la Mora 239
VII.7.3. Mora del Acreedor 240
VII.7.3.1. Efectos 240

VII.8. Extinción de las Obligaciones 241
VII.8.1. Pago 241
VII.8.1.1. Requisitos del Pago 242
VII.8.1.2. Sujetos del Pago 242
VII.8.1.3. Objeto del Pago 243
VII.8.1.4. Lugar del Pago 244
VII.8.1.5. Tiempo del Pago 245
VII.8.2. Novación 245
VII.8.3. Compensación 246
VII.8.4. Transacción 248
VII.8.5. Confusión 249
VII.8.6. Renuncia 249
VII.8.7. Remisión de la Deuda 250
VII.8.8. Imposibilidad de Pago 250

CAPITULO VIII. Contratos 253
VIII.1. Concepto 253
VIII.2. Clasificación 254
VIII.2.1. Unilaterales y Bilaterales 254
VIII.2.2. Onerosos y Gratuitos 255
VIII.2.3. Consensuales y Reales 256
VIII.2.4. Nominados e Innominados 256
VIII.2.5. Conmutativos y Aleatorios 257
VIII.2.6. Formales y No Formales 257
VIII.3. Elementos de los Contratos 258
VIII.4. Formación: El Consentimiento 258
VIII.4.1. La Oferta 260
VIII.4.1.1. Requisitos 262
VIII.4.1.2. Obligatoriedad 262
VIII.4.2. El Contrato por Adhesión 263
VIII.4.3. La Aceptación 264
VIII.5. Capacidad para Contratar 265
VIII.6. Objeto de los Contratos 267
VIII.7. Causa de los Contratos 269
VIII.7.1. Presunción de Causa 272
VIII.7.2. Falsedad de Causa 273
VIII.7.3. Ilicitud de Causa 273
VIII.8. Forma de los Contratos 273
VIII.9. Prueba de los Contratos 274
VIII.9.1. Apreciación de la Prueba 277

VIII.9.2. Sistema del Código Civil 278
VIII.10. Interpretación de los Contratos 280
VIII.10.1. Reglas del Código de Comercio 280
VIII.11. Efectos de los Contratos 283
VIII.11.1. Efectos Generales 284
VIII.11.2. Efectos Particulares 286
VIII.11.2.1. Revisión Contractual 286
VIII.11.2.2. Abuso del Derecho 286
VIII.11.2.3. Teoría de la Imprevisión 286
VIII.11.2.3.1. Ámbito de Actuación 287
VIII.11.2.3.2. Requisitos 287
VIII.11.2.3.3. Efectos 288
VIII.12. Vicisitudes de los Contratos 288
VIII.12.1. Excepción de Incumplimiento 288
VIII.12.1.1. Requisitos 290
VIII.12.2. La Seña o Arras 290
VIII.12.2.1. La Arras en el Código de Comercio 291
VIII.12.3. El Pacto Comisorio 292
VIII.12.3.1. Clases 293
VIII.12.3.1.1. Pacto Comisorio Tácito 293
VIII.12.3.1.2. Pacto Comisorio Expreso 294
VIII.12.3.2. Notificación e Interpelación Fehaciente 294
VIII.12.3.3. Gravedad 295
VIII.12.4. Autonomía de la Voluntad 296
VIII.12.4.1. Límites de la Autonomía de la Voluntad 298
VIII.12.5. Principio de Buena Fe 299
VIII.13. Extinción del Contrato 304
VIII.13.1. Cumplimiento 304
VIII.13.2. Vencimiento del Plazo 305
VIII.13.3. Otros Modos 305

CAPITULO IX. Derecho Comercial 309
IX.1. Derecho Comercial 309
IX.2. El Comercio y la Materia de Comercio 309
IX.3. Usos y Costumbres 310
IX.4. El Comerciante 311
IX.4.1. Adquisición y Pérdida de la Calidad de Comerciante 314
IX.4.2. Prueba de la Calidad de Comerciante 314
IX.4.3. Efectos de la Calidad de Comerciante 315
IX.5. Actos Unilateralmente Comerciales 316

IX.6. Capacidad para Ejercer el Comercio 317
IX.7. Incompatibilidades 320
IX.8. Obligaciones Comunes a los Comerciantes..... 322
IX.8.1. Registro Público de Comercio 322
IX.8.1.1. Matrícula del Comerciante 324
IX.8.1.2. Registro de Documentos 325
IX.8.2. Contabilidad y Teneduría de Libros 325
IX.8.2.1. Contabilidad 326
IX.8.2.2. Libros de Comercio 326
IX.8.3. Conservación de la Correspondencia 328
IX.8.4. Rendición de Cuentas 328
IX.9. Agentes Auxiliares de Comercio 329
IX.10. Actos de Comercio 330
IX.10.1. La Materia Mercantil 330
IX.10.2. Definición de Actos de Comercio 331
IX.10.3. Artículo 9 del Código de Comercio 331
IX.11. La Empresa 339
IX.12. La Hacienda Mercantil 343

CAPITULO X. Sociedades Comerciales 347
X.1. Concepto 347
X.2. Clasificación 351
X.3. Personalidad Jurídica de las Sociedades 352
X.4. Forma y Prueba y Procedimiento 355
X.5. Instrumento Constitutivo 357
X.6. La Condición de Socio 360
X.7. Sociedades de Hecho e Irregulares 361
X.7.1. Regularización 362
X.8. Órganos de la Sociedad 364
X.8.1. Órgano de Administración 365
X.8.1.1. Órgano de Representación 367
X.8.1.2. Responsabilidad de Administradores y Representantes 368
X.8.2. Órgano de Gobierno 369
X.8.3. Órgano de Fiscalización 370
X.9. Transformación de Sociedades 371
X.10. Disolución de Sociedades 372
X.11. Liquidación de Sociedades 374

CAPITULO XI. Títulos Circulatorios..... 379
XI.1. Concepto 379
XI.2. Principios que Rigen los Títulos Circulatorios..... 381
XI.2.1. Literalidad 381
XI.2.2. Autonomía 382
XI.2.3. Abstracción..... 384
XI.2.4. Legitimación..... 385
XI.2.5. Formalismo..... 386
XI.2.6. Completividad 387
XI.2.7. Incondicionalidad 387
XI.2.8. Solidaridad..... 387
XI.3. Circulación..... 388
XI.3.1. Endoso 389
XI.3.1.1. Funciones del Endoso 390
XI.3.1.2. Clases de Endoso 391
XI.3.1.2.1. Endoso en Procuración..... 392
XI.3.1.2.2. Endoso en garantía o en prenda..... 392
XI.3.1.2.3. Endosos limitativos de posteriores transferencias cartulares 393
XI.3.1.2.3.1. Endoso “No a la Orden” 393
XI.3.1.2.3.2. Endoso con la cláusula “No endosable” 393
XI.4. Aceptación 394
XI.5. Aval..... 395
XI.5.1. Sujetos 397
XI.5.2. Formalidades 397
XI.5.3. Diferencias con la Fianza 398
XI.6. Vencimiento de las Obligaciones Cambiarias..... 398
XI.7. Pago..... 400
XI.8. Protesto 401
XI.9. Acciones Cambiarias..... 403
XI.9.1. Acciones Directas y de Regreso 404
BIBLIOGRAFÍA..... 409

PRÓLOGO

PROLOGO

Es conocida la frase expresada por algunas personas, al decir: *"...lo mío es muy básico..."*. Tal muletilla lejos de constituir una falsa modestia, entiendo intenta ser un deseo personal de alcanzar al menos a ser o saber lo básico.

Todos aquellos que estamos inmersos en alcanzar la inalcanzable perfección, soñamos con aproximarnos a ella, y a veces trabajamos en pos de ello. Tengo por cierto que, en ningún aspecto de la vida, mucho menos en el académico, lograremos aproximarnos a ello si no estamos cimentados en una base sólida. En fin, al igual que ningún arquitecto intentaría construir una casa, mucho menos un edificio sobre una base carente de solidez, normalmente intentamos elevar grandes construcciones sin cerciorarnos previamente si tenemos una base sobre la cual puedan apoyarse las vigas del conocimiento. Es decir, por ignorantes o por intentar ser veloces queremos saber mucho sin considerar previamente, si sabemos lo básico.

Por esto, Ud. lector seguramente ya advirtió que el presente trabajo no es un Tratado Jurídico, y apostará que nunca llegará a ser una obra póstuma del derecho. Coincidimos.

Por ello, si ha adquirido el texto que en este momento está leyendo, con el noble fin de emocionarse, de profundizar sus conocimientos propios a tal punto que luego nada le quedará por descubrir sobre los temas que figuran en el índice, lamento defraudarlo pues nada de eso encontrará. Sin embargo, si presta especial atención a lo escrito, si su postura intelectual posee una humildad mínima indispensable como para permitir que lo escrito penetre en su conocimiento, pues entonces ya habrá dado el primer gran paso. El siguiente lo hará el texto solo, puesto

que aún cuando lo escrito figura como que es de mi autoría, en realidad eso es lo más insignificante, lo mucho o poco que pueda descubrir es obra y arte de los grandes maestros del derecho de cuyas obras he atrevidamente hurtado un poco de tantos conocimientos. Ellos son en realidad los artífices del presente trabajo, ellos en definitiva son quienes generosamente nos han ofrecido sus conocimientos para que nosotros, esmerándonos al máximo podamos llegar a ser jurídicamente básicos. Ellos, no tenga dudas, son lo que son porque antes que y primero que eso, aprehendieron para sí los "Conocimientos Básicos del Derecho".

CAPÍTULO I

EL DERECHO

CAPITULO I
EL DERECHO

I.1. Concepto

El derecho es probablemente una de las ciencias que mayor dificultad han tenido sus estudiosos para conceptualizar o definir, lo cual ha producido como una lógica consecuencia de ello, que aquellos que han esbozado algún concepto han sido discrepantes entre sí. Esto a su vez ha sido producto de distintas tendencias que han seguido sus autores, que dieron origen a diversas posturas doctrinarias.

El Dr. Hart, uno de los máximo exponentes de la ciencia jurídica de todos los tiempos, comienza una de su obras máximas (El Concepto de Derecho) de la siguiente forma: "Pocas preguntas referentes a la sociedad humana han sido formuladas con tanta persistencia y respondidas por pensadores serios de maneras tan diversas, extrañas, y aún paradójicas, como la pregunta ¿qué es derecho?...No hay una vasta literatura consagrada a contestar las preguntas ¿qué es química? o ¿qué es medicina?, como la hay para responder a la pregunta ¿qué es derecho?[1]

Como primera medida, debemos tener presente que el derecho está presente en todos lados y en todo momento, resulta imposible imaginar una sociedad sin su presencia. Así, muchos actos que a priori parecen irrelevantes se encuentran en pleno contacto con el derecho, por ser una conducta regulada por el mismo o por

[1].Hart, H.L.A. *El Concepto de Derecho* – pág. 1.

estar celebrando un contrato, por ejemplo: el hecho de no salir desnudos a un lugar público, es una conducta obligatoria que trasciende nuestra moral, ya que su respeto atenta contra la moralidad pública que se encuentra regulada por diversas ordenanzas; el no molestar a los vecinos con ruidos molestos especialmente en determinadas horas del día, es una conducta que se encuentra también reglamentada por ordenanzas de tipo municipal; la constante celebración de diversos contratos (compra-venta) para proveernos de bienes y servicios, tales como compra de alimentos, vestimentas, cigarrillos, periódicos, etc.; (transporte) tomar un colectivo o un taxi para dirigirnos diariamente al trabajo, escuela, universidad; (locación de obra) llevar la ropa a la tintorería, arreglar un calzado; (donación) cuando se regala un obsequio a alguna persona por algún evento social, tal como cumpleaños, casamiento, etc.

Si nos atenemos a la etimología de la palabra, "derecho" alude a *"directum", "dirigido",* con lo que se indica sujeción a una regla, imagen que aparece constantemente en todas las lenguas europeas derivadas del latín: "droit", "right", "diritto", etc. A continuación, y como prueba de lo que estamos expresando, detallamos una serie de conceptos respecto de lo que algunos autores entienden por derecho:

Para Arauz Castex, "el derecho es la coexistencia humana normativamente pensada en función de justicia".[2]

Para Borda, "es el conjunto de normas de conducta humana establecidas por el Estado con carácter de obligatorio y conforme a la justicia".[3]

Para Salvat, "es el conjunto de reglas establecidas para regir las relaciones de los hombres en sociedad, en cuanto se trate de reglas cuya observancia puede ser coercitivamente impuesta a los individuos".[4]

Lo cierto es que la convivencia de los hombres en sociedad exige inexcusablemente la vigencia de las normas a las cuales deban ajustar su conducta; de lo contrario reinaría el caos y la vida en común sería imposible. Tal es así, que

---

[2] Arauz Castex, M. *"Derecho Civil.* (Parte General). Tº I, Nº 1 – pág. 11

[3] Borda, G. *Derecho Civil*. (Parte General), Tº I, Nº 1 – pág. 12

[4] Salvat, R. *Derecho Civil*, (Parte General). Nº 1 y 4 – pág. 1-2

hasta en las comunidades más primitivas, siempre existieron normas de conductas (escritas o no) que regulaban la convivencia.

I.2. Derecho Objetivo y Derechos Subjetivos

Independientemente de la postura que se asuma respecto del derecho, a esta altura podemos comenzar a diferenciar al "derecho" visto desde una óptica objetiva y una subjetiva.

Objetivamente, podemos caracterizar al derecho, como "el ordenamiento social justo". Es decir, como una regla de conducta exterior al hombre a quien se dirige, y que arrojan las siguientes expresiones: "el derecho prohibe apoderarse de lo ajeno", o "el derecho impone a los esposos los deberes de asistencia, fidelidad y cohabitación", etc. Por ello, el derecho objetivo no es otra cosa que conjunto de normas que rigen las relaciones de las personas en una comunidad.

En otro sentido, cual es el subjetivo (visto desde el sujeto) el "derecho" alude a las prerrogativas que tiene una persona para exigir de los demás un determinado comportamiento. Así, "la facultad del propietario de usar y disponer de la cosa", "la facultad del acreedor para ejecutar los bienes del deudor", etc. Algunos autores, imprimen un sentido más amplio a los derecho subjetivos, *"Hemos dicho que el derecho objetivo lo constituye la norma, o mejor, el conjunto de normas (ordenamiento jurídico). Parece lógico que el derecho subjetivo esté constituido, correlativamente, por la relación jurídica o el conjunto de relaciones jurídicas, cada una de las cuales se integra con facultades y deberes. Pero sucede que la doctrina tradicional ha acuñado la expresión "derecho subjetivo" refiriéndola solamente a uno de los ingredientes de la relación jurídica: la facultad jurídica. Se hace necesario entonces tener presente que la expresión derecho subjetivo admite un sentido amplio (relación jurídica) y un sentido estricto (facultad jurídica)..."*.[5]

Ambas nociones de derecho no son antagónicas, sino que se corresponden y exigen recíprocamente. En efecto el derecho objetivo consiste en un ordenamiento social justo, pero por eso mismo, es decir, en cuanto justo ha de reconocer a las personas humanas la posibilidad de obrar en vista de sus propios fines. De aquí se

[5] Aftalión, E. *Introducción al Derecho* – pág. 494.

sigue que el derecho objetivo existe para el derecho subjetivo, y a su vez éste encuentra en aquél la fuente inmediata de su existencia.[6]

I.3. Derecho Natural y Derecho Positivo

El extenso periodo que va desde la antigüedad hasta la constitución de la ciencia jurídica abarca más de dos milenios. En él, el pensamiento sobre el Derecho tuvo un marcado carácter filosófico. Durante ese periodo los autores se ocuparon del Derecho Natural, el cual constituiría un "Derecho" al que se le atribuyen las siguientes características:

- Sus principios son válidos para todo tiempo y lugar.
- Estos principios encuentran su fundamento en algo superior al hombre, por la cual los hombres no podrían cambiarlo aunque se lo propusieran.
- En consecuencia, los principios y contenidos del llamado "Derecho Natural" no estarían sujetos a las vicisitudes de la Historia.

El fundamento de este pretendido Derecho Natural es diferente para cada una de las principales escuelas que defienden su existencia. Para la escuela católica ese fundamento está en la voluntad o en la inteligencia de Dios; para la corriente protestante clásica, el mismo se encuentra en la naturaleza humana; y para el pensamiento racionalista el Derecho Natural se fundamentaría en la Razón, la cual es concebida como parte principal de la naturaleza humana.[7]

El "derecho natural" está conformado por el núcleo del ordenamiento que conforme a la naturaleza humana tiende a la instauración de la justicia en la sociedad, y el "derecho positivo", es la concreción del derecho natural, es decir, la traducción del derecho natural y su adaptación a las circunstancias sociales concretas de un momento histórico determinado.

El derecho natural ejerce sobre el derecho positivo una doble acción. Una acción negativa que tiene el sentido de una barrera: significa la paralización del

[6] Llambías, J. *Derecho Civil.* (Parte General). Tº I, nº 13 – pág. 24

[7] Aftalión, E. *Introducción al Derecho* – pág. 177.

derecho positivo en la medida que éste contradice sustancialmente al derecho natural, por resultar un derecho injusto. Y una acción positiva en cuanto el derecho natural es un manantial de orientación del derecho positivo, del que no organiza soluciones pero al que imparte directivas.

La doctrina del derecho natural, da un fundamento firme del orden jurídico que consiste en la comprensión de la naturaleza racional y social del hombre y no en la pura voluntad de éste, la cual es inepta para justificar la imperatividad de la norma.

Al ordenar las costumbres y acciones de los hombres, coopera al logro del fin último, que es el bien común. Se ve claro, pues, que el Derecho está inserto en un orden más vasto, el moral, fuera del cual carece de sentido. Desde el momento que una ley contradice el bien común o la justicia, deja de ser Derecho en sentido propio; en otras palabras, esta concepción implica negar categoría jurídica a las leyes injustas, lo que lleva implícito el derecho a negar obediencia a tales normas. Se comprende así toda la gravedad que encierra esta cuestión y, por ende, la importancia del siguiente interrogante: ¿cuál es el criterio que, dentro de las complejísimas cuestiones jurídicas, ha de permitirnos distinguir lo justo de lo injusto?

Ese criterio no es otro que el derecho natural. Si la ley es conforme a él, es justa; si es incompatible con él, es injusta. Entiéndese por derecho natural aquel que surge de la naturaleza humana y que es revelado al hombre por la razón. Por esa circunstancia de provenir de la naturaleza misma del hombre, es inmutable y universal.[8] Este concepto fue muy bien expresado por Cicerón, en su Tratado de República: "Hay una ley verdadera, la recta razón inscripta en todos los corazones, inmutable, eterna, que llama a los hombres al bien por medio de sus mandamientos y los aleja del mal por sus amenazas; pero que sea que ordene o que prohiba, nunca se dirige en vano a los buenos ni deja de impresionar a los malos. No se puede alterar por otras leyes, ni derogar algunos de sus preceptos, ni abrogarla por entero; ni el Senado ni el pueblo pueden liberarnos de su imperio; no necesita intérprete que la explique; es la misma en Roma que en Atenas, la misma hoy que mañana y siempre una misma ley inmutable y eterna que rige a la vez a todos los pueblos y en todos los

[8] Borda, G. *Tratado de Derecho Civil.* (Parte General), Tº I, nº 8 – pág. 21

tiempos. El universo entero está sometido a un solo amo, a un solo rey supremo, al Dios todopoderoso que ha concebido, meditado y sancionado esta ley: desconocerla es huirse a sí mismo, renegar de su naturaleza y, por ello mismo, padecer los castigos más crueles, aunque se escapara a los suplicios impuestos por los hombres".[9]

Dice Zorraquín Becú que "hay normas superiores a la voluntad humana y a la misma comunidad que deben guiar el establecimiento del derecho sirviéndole de fundamento racional. Y la conformidad entre éste y aquéllas torna obligatorio el derecho positivo, que de otro modo sería la imposición de una voluntad sobre otra. A la fuerza como base del derecho se sustituye ese fundamento legítimo que a la vez permite encauzarla y limitar sus posibles excesos".[10]

Los principios del derecho natural no son el producto de una interpretación subjetiva sino un conocimiento objetivo que obtiene la razón de la consideración de la naturaleza racional y social del hombre. Hay una primera intuición en nuestra conciencia que nos permite discernir el bien y el mal y la consiguiente ordenación de la razón que nos urge a hacer lo primero y eludir lo segundo.

I.4. Diversas Concepciones del Derecho

I.4.1. Iusnaturalismo y Positivismo

Las raíces de la expresión "Derecho Natural" se remontarían al despertar de la Ilustración griega en el siglo V a.C.

Natural es lo que regularía al hombre por "naturaleza", y "convencional" lo que lo regula en virtud de lo que él "conviene" con otros hombres. Pero es necesario advertir que la palabra convencional incluye los usos y costumbres, a pesar de que los mismos no son establecidos por el mecanismo formal de una convención de tipo contractual.

---

[9] Lib. III, XXII, cit, por Zorraquín Becú, *El Derecho. y la Justicia.* en Rev. Fac. Der. de Bs. As., jul-ago, 1950 – pág. 903.

[10] Zorraquín Becú, R. *El Derecho y la Justicia.* en Rev. Fac. de Derecho y C. Soc., julio.agosto, 1950 – pág. 904.

El llamado "Derecho Natural" nace con la expresión de ser Derecho vigente: los principios de ese pretendido Derecho aspiran a regir los casos jurídicos concretos. Pero esa misma pretensión la tienen las normas jurídicas emanadas de los órganos competentes (ej: Poder Legislativo); de esta manera se abre la posibilidad de una colisión o contradicción entre ambos órdenes normativos: el Derecho Natural y el Derecho Positivo. Como ambos aspiran a regular concretamente la conducta, en caso de conflicto por fuera una ha de prevalecer sobre el otro. A partir de ese conflicto pueden diseñarse dos posiciones iusfilosóficas contrapuestas: el iusnaturalismo y el positivismo.

El **iusnaturalismo** sostiene que el Derecho Positivo está subordinado al Derecho Natural. Según esta posición en caso de conflicto entre ambos debe sacrificarse al Derecho Positivo. Por el contrario, el Positivismo considera como verdadero y único Derecho al que históricamente hacen los hombres, que es un hecho social a partir del cual se constituyó la Ciencia Jurídica en Roma primero y en Inglaterra, en Francia y en Alemania después.

Las diversas escuelas y direcciones del "Positivismo" en general se mueven dentro de esa actitud, aunque se distinguen mutuamente en cuanto cada una de ellas intenta precisar a su modo esa dirección general hacia el derecho positivo. Esta actitud originariamente se concretó, vagamente, como un rechazo a la especulación filosófica acerca del Derecho ideal (tal como debería ser en todo tiempo y lugar) y por su sustitución por una indagación metódica, fundada y sistemática acerca del Derecho real (tal como se da en un lugar y en un tiempo determinado).

Mientras la ciencia jurídica en estricta actitud positivista se limita a comentar y sistematizar las normas que encuentran en las fuentes positivas del Derecho, el Iusnaturalismo pretende determinar cómo el Derecho creado por los hombres *debe ser*, así "verdadero" Derecho. Con esta pretensión consigue cumplir, en realidad, una función que ha sido denunciada como ideológica. Al proponer un ideal como modelo permanente en muchos casos habrá de contrariar a los contenidos concretos que tiene el Derecho Positivo, y con ello estará contrariando al sistema político, social y económico, afectando su pretensión de legitimidad, pudiendo, inclusive, llegar a ponerlo en crisis. En este caso la pretensión iusnaturalista cumple una función *revolucionaria*, como sucedió con la escuela clásica, o protestante, del Derecho Natural que animó a la Ilustración y dio fundamento ideológico a la Revolución Francesa al cuestionar el origen divino del

poder real y propiciar formas democráticas de gobierno e igualitarias de aplicación de la ley.

Pero el mismo iusnaturalismo puede cumplir una función conservadora y ponerse al servicio de la preservación del orden establecido, como fue el caso de la escuela católica al legitimar la esclavitud, oponerse al divorcio, etc. En ambos casos los ideales propiciados por el iusnaturalismo como modelo para todo orden jurídico pueden ser estudiados como propuestas al poder político para la reforma del Derecho vigente (de *lege ferenda*) o para resistir a su modificación (de *lege servanda*).

En algunos casos los iusnaturalistas consiguieron difundir y esclarecer propuestas de ideales que se incorporaron como ideales permanentes para el mundo civilizado, los cuales deben considerarse como definitivamente adquiridos en la medida en que ese grado de civilización se constituye en un hecho históricamente irreversible para una civilización determinada. Entre los casos de ideales irreversibles podemos citar la noción aristotélica de justicia sinalagmática, que establece como modelo ideal de los cambios la paridad o la igualdad de los valores intercambiados. Del mismo modo, el principio kantiano de la humanidad como un fin en sí mismo, que requiere que se considere al prójimo también de ese modo y nunca solamente como un medio, parece ser un principio permanente para todos los países que alcanzaron cierto grado de civilización. Igualmente sucede con la noción de derechos humanos, que son intangibles por el poder político.[11]

Para el **positivismo**, como concepción filosófica del derecho, el único Derecho que existe es el "derecho positivo", un derecho histórico, hecho por los hombres que varía con las modificaciones y diferencias que una sociedad tiene en relación a su propio pasado o a otras sociedades. En este sentido, el Positivismo se contrapone al Iusnaturalismo, para quien, el Derecho emana de ciertas leyes o principios inmutables para todo tiempo y lugar.

Así, la constitución moderna de la ciencia jurídica presenta dos vertientes: la anglosajona, que preserva el carácter fundamental de la costumbre, y la continental-romanista en la cual, el derecho tiende a identificarse con las leyes, u otras prescripciones escritas, emanadas de los órganos del Estado.

---

[11] Aftalión, E. *Introducción al Derecho* – pág. 179.

Podemos reconocer como iniciadores del positivismo a Bentham y Austin (Escuela analítica inglesa de Jurisprudencia), quienes proponían el estudio de las leyes positivas prescindiendo en forma metódica de consideraciones de índole moral y el análisis de los conceptos más básicos o elementales del derecho positivo. Así Austin, concibe a las normas jurídicas como órdenes emanadas del soberano. En el sistema continental-romanista la teoría general positivista se desarrolla en autores como Bergbohm, Bierling y Merkl y culmina en la obra de Kelsen. Su máxima obra "Teoría Pura del Derecho", tiene como noción central la *validez* de las normas y campea en ella un formalismo que no parece adecuarse a la concepción positivista que pretende ver el Derecho en los hechos. Luego, éste autor, en la última versión de su teoría pura, concebiría a las normas como actos de voluntad (de los órganos estatales), entendiendo que la ciencia tiene como tarea, describir el sentido objetivo de tales actos.

El **realismo** es, en cambio, la nota dominante de la escuela de Upsala en la cual la vigencia (o efectividad) pasa a ocupar el lugar central en la consideración del Derecho como medio o sistema de control social. H.L. Hart es considerado el máximo exponente contemporáneo del Positivismo, y entiende que el sistema que forman las reglas jurídicas es identificado sobre la base de ciertos usos o prácticas sociales. Esta corriente en su versión extrema, sostiene que el Derecho es lo que los jueces hacen, y la misión de la ciencia es predecir la conducta de los jueces.

Para la egología, en cambio, la conducta humana no puede asimilarse a un puro hecho (como sostienen el resto de los Positivistas). La *comprensión* es el método propio de las ciencias socioculturales y, entre ellas, el de la ciencia jurídica. Para su máximo exponente Carlos Cossio, el Derecho no son las normas jurídicas sino la conducta humana, y ésta última es concebida como libertad metafísica.

I.5. El Common Law

A principios del siglo XIX, la sanción de los códigos y la tarea de la ciencia jurídica se limitaba al comentario de los mismos, especialmente en Francia. Detrás de los códigos, se encontraba la voluntad del legislador. En Alemania, se recepcionó el Derecho Romano, así también, el Derecho derivaba de una autoridad estatal y se encontraba plasmado en leyes. En Inglaterra, en cambio, no existía un derecho determinado, -sea codificado como en Francia o recopilado en leyes como en

Alemania- que permitiera derivar de él todo un sistema de leyes, aceptándolo dogmáticamente y concretando así en dichas leyes la dirección iuspositivista impresa a la ciencia por el siglo XIX.

El derecho ingles surgía de toda su historia, vivía en el "espíritu del pueblo" con formas e instituciones propias, primero en las costumbres y luego en los estrados de los tribunales, independientemente de toda legislación estatal. El common law no deriva de acto estatal, cual es la legislación; no existe para ese Derecho un acto formal de producción centralizada por un órgano determinado. Los jueces deben extraer el fundamento de sus sentencias de otras sentencias pronunciadas en casos similares por otros jueces y, en última instancia, de los antecedentes más remotos. El common law rige desde tiempo inmemorial – se confunde en sus orígenes con la costumbre- y es declarado por los jueces en cada caso concreto, con el que a la vez se va a enriquecer ese acervo jurídico indefinido. Incluso cuando se dicta una ley sobre determinada materia no se considera que desplaza al common law sino, más bien, que lo integra. Por otra parte, en el derecho anglosajón las leyes cobran su alcance efectivo cuando los jueces lo definen en sus casos y en la medida en que lo hacen. El derecho consuetudinario judicial, sigue, así, teniendo una importancia mayor que la del legislador. Así emergente de los casos concretos, con la plenitud emocional valorativa que se encuentra en ellos, sin cristalizar en normas abstractas, sin derivar formalmente del Estado ni de autoridad constituida determinada, remitido en su fundamento a un pasado inmemorial en cuyo trasfondo alentaba la encarnación viva de los grandes principios del Derecho Natural, la positividad del Derecho inglés asumió características muy peculiares y no podía reducirse a la aceptación dogmática de ciertas leyes o autoridad. La dirección positivista de la ciencia jurídica, el iuspositivismo con el que se instaura en el siglo XIX la ciencia jurídica, no podía, en consecuencia, adoptar en Inglaterra los caracteres de estatal y legalista que presentaba en Francia.[12]

[12] Aftalión, E. *Introducción al Derecho* – pág. 234.

I.6. Fuentes del Derecho

Al hablarse de "fuentes" del Derecho se parte, desde el comienzo, de una expresión equívoca: "fuente" es a la vez origen, causa o nacimiento, y también manifestación o exteriorización de algo preexistente.

La palabra "fuente" indica el manantial de donde surge o brota el agua de la tierra. En la ciencia jurídica, se designa con esta voz, a los medios de donde se origina el derecho, aunque también algunos autores prefieren referir a los "medios de expresión del derecho".

Coincidiendo con Aftalión, quien expresa que la correcta investigación del tema debe hacerse presentando un acto mediante el cual se trata de determinar el sentido jurídico de la conducta, por ejemplo una sentencia judicial, un dictamen del fiscal, un escrito de los litigantes, etc., y destacar en él qué es lo que, en última instancia, se invoca como derecho aplicable. En otros términos, el tema de las "fuentes" del Derecho es el de la determinación de normas generales (como determinarlas, cómo fundamentar esa determinación, a dónde nos dirigimos para encontrarlas), para fundamentar en ellas los fallos o, en general, para asignarles sentido jurídico a los casos individuales.[13]

Se tienen por fuentes del derecho, las siguientes: la ley, la costumbre, la jurisprudencia y la costumbre.

I.6.1. La Ley

La palabra "ley" tuvo originariamente un sentido preciso en el Derecho Romano. La vida del pueblo romano estaba regida en sus primeros tiempos por la costumbre, las *mores maoiorum*, que venían de tiempo inmemorial. Más tarde surgió, tímidamente primero, pero notoriamente ya a partir de la Ley de las XII Tablas (304 A.C.), la Ley. El pueblo, reunido en los *comicios* votaba afirmativa o negativamente la propuesta de un senador romano y se obtenía así una ley válida para todo el pueblo.

[13] Aftalión, E. *Introducción al Derecho* – pág. 557.

Las leyes jurídicas, también denominadas reglas o normas de conducta, no expresan como las Leyes Naturales (según Montesquieu, son las relaciones necesarias que derivan de la naturaleza de las cosas) algo que *necesariamente es* o *será*, ni expresan como las Leyes Sociales (los hombres se comportan en forma llamativamente semejante ante condiciones idénticas y , si bien esta semejanza de comportamiento no puede dar a una certeza absoluta, sí puede darle referida a un número elevado de casos) algo que *probablemente es* o *será.* No dicen, en suma, que algo es (o será), sino que *debe ser.* El "ligamen" al que alude la ley no se encuentra aquí en el plano del ser, sino en el plano del deber. Es notorio que sólo la conducta humana en su libertad puede ser objeto de normación y que no tiene sentido predicar un deber ser de los fenómenos de la naturaleza (como si dijésemos, por ej: dado el otoño debe ser la caída de las hojas). Así, existen leyes morales, religiosas, jurídicas, técnicas, etc; interesándonos solamente las jurídicas. Definidas por algunos autores, como, *la regla general que rige un número indeterminado de hechos, expresando las relaciones en que dichos hechos se encuentran.*[14]

Las leyes, son las reglas generales, abstractas y obligatorias emanadas de la autoridad pública autorizada al efecto (Poder Legislativo y Poder Ejecutivo en nuestro caso), que rigen la conducta de las personas.

I.6.1.1. Caracteres

Socialidad: se dicta para el hombre en cuanto miembro de la sociedad, y se dirige a gobernar las relaciones interindividuales.

Obligatoriedad: supone una voluntad superior que manda y una inferior que obedece (artículo 1º del Código Civil).

Origen Público: la ley debe emanar de una autoridad pública en la línea de la soberanía política, diferenciándose de las reglas impuestas por poderes privados, tales como la patria potestad.

Coactividad: no se deja al arbitrio de las personas su cumplimiento, sino que dependiendo del tipo de ley cuyo mandato no se cumpla, deviene una sanción.

[14] Aftalión, E. ob cit. – pág. 586.

Así, las sanciones de la ley puede ser resarcitorias o represivas: las primeras procuran un restablecimiento de la situación precedente a la infracción, ej: resarcimiento de daños y perjuicios; las segundas, se inspiran en el castigo corrector del infractor.

Normatividad: pues abarca un número indeterminado de hechos y rige a quienquiera quede comprendido en el ámbito de su aplicación, lo cual distingue a la ley de otras expresiones del poder público, tales como los actos administrativos.

General y Abstracta: ya que por lo general no se dirige a una persona determinada, tampoco es necesario que rija para todos los habitantes, pero sí que su aplicabilidad a los sujetos contemplados sea indefinida.

Hay autores que entienden que es importante diferenciar entre ley en sentido material y ley en sentido formal. La primera es la norma escrita, sancionada por la autoridad pública competente, tales como: Constitución Nacional y constituciones provinciales; leyes dictadas por el Congreso Nacional y por las legislaturas provinciales; los Decretos del Poder Ejecutivo Nacional y Provincial; Ordenanzas Municipales; Edictos de Policía. En tanto, que la ley en sentido formal, el acto emanado del Poder Legislativo que en el orden nacional se elabora a través de lo dispuesto por la Constitución Nacional. En el orden provincial las leyes, en sentido formal son dictadas por las legislaturas de cada provincia.

Actualmente la ley constituye la fuente de derecho más importante, situación distinta a la ocurrida en tiempos primitivos, en que la ley cedía en importancia a la costumbre.

Nuestro ordenamiento jurídico tiene una complejidad enorme en cuanto a "convivencia" de normas, ya que por el sistema federal adoptado por nuestra Constitución Nacional, conviven ordenamientos jurídicos yuxtapuestos. Así la cima de las jerarquías de las leyes se encuentra la Constitución Nacional, que es la ley fundamental del Estado que organiza la forma de gobierno y las atribuciones y deberes de los gobernantes así como también las garantías que deben respetarse a los ciudadanos. Ninguna norma dictada en el país puede contradecir a la Constitución Nacional (art. 5º Constitución Nacional). Luego, como se dijo, existen leyes y decretos nacionales; Constitución, leyes, decretos provinciales; y ordenanzas de tipo municipal.

Tal como se dijo, las leyes son obligatorias para todas las personas que habitan o transitan el territorio argentino, ello en un todo de acuerdo con el artículo 1º del Código Civil: "Las leyes son obligatorias para todos los que habitan el territorio de la República, sean ciudadanos o extranjeros, domiciliados o transeúntes".

La entrada en vigencia de las leyes está determinada por el artículo 2º del mismo código: "Las leyes no son obligatorias sino después de su publicación, y desde el día que determinen. Si no designan tiempo, serán obligatorias después de los ocho días siguientes al de su publicación oficial".

I.6.2. La Costumbre Jurídica

La Costumbre, es por definición, la *conducta repetida.*

La costumbre jurídica es la forma espontánea de expresión del derecho, en tanto que la ley es la forma reflexiva y consciente. Históricamente la costumbre ha precedido a la ley en la organización jurídica de los pueblos: las sociedades primitivas se rigen por la costumbre y no conocen la ley escrito. Solo cuando las relaciones sociales adquieren cierta complejidad aparece la necesidad de fijar la norma jurídica en un texto escrito.[15]

De ahí que es de vital importancia diferenciar la *costumbre jurídica* de los *usos sociales, reglas de cortesía,* etc., que denominaremos a secas. Tales son, el saludo, la vestimenta especial para determinados eventos, etc., estos, a los cuales las personas a veces nos creemos "obligados" a realizar no constituyen costumbre jurídica, puesto que no definen derechos y deberes correlativos. Tanto en la *costumbre jurídica* como en la *simple costumbre,* existe una conducta repetida, pero se diferencian en que en la primera existe una conciencia de obligatoriedad (jurídica), y en la simple costumbre, lo que parecía obligatorio no lo es en sentido jurídico, sino que es algo meramente facultativo (ej: nadie será penado por la ley por no saludar, o por concurrir a un evento social con vestimenta inadecuadas, etc.).

[15] Llambías, J. *Derecho Civil.* (Parte General). Tº I, nº 64 – pág. 68

Para Ruggiero, "La costumbre consiste en la observancia constante y uniforme de un cierto comportamiento por los miembros de una comunidad social, con la convicción de que responde a una necesidad jurídica".

Conforman a la costumbre dos elementos, uno objetivo y otro subjetivo.

- *Elemento Objetivo:* está constituido por la serie de actos semejantes uniformes y constantemente repetidos.
- *Elemento Subjetivo:* radica en la convicción de que la observancia de la práctica responde a una necesidad jurídica. Este elemento psicológico, es lo que diferencia a la costumbre jurídica de la mera costumbre, tales como el saludo, u otros actos de buenos modales.

El Código Civil se ha ocupado del tema, en su artículo 17: *"Los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente".* Esta norma, en forma sintética expresa que la costumbre no puede derogar la vigencia de una ley, pero que una ley puede perfectamente derogar una situación amparada por la costumbre.

Prueba de la Costumbre: Se ha discutido si la costumbre debe ser o no probada por la parte que la alega. Se aduce a favor de la exigencia de la prueba, que se trata de hechos y que, como tales, deben probarse. Por nuestra parte, pensamos que tal punto de vista es erróneo. La costumbre importa una norma jurídica y por consiguiente el juez puede y debe aplicarla, si tiene conocimiento de ella, sin necesidad de prueba alguna. Pero ocurre con frecuencia que aquél no conoce personalmente la costumbre; en ese caso, es natural que debe exigir la prueba. Así lo han resuelto numerosos tribunales. De lo dicho se desprende que esa prueba puede ser ordenada de oficio por el juez. En cuanto a los medios de prueba, debe aceptarse cualquiera que, a criterio del magistrado, ofrezca la seriedad necesaria.[16]

De acuerdo con lo que hemos visto, el juzgador o intérprete reconoce a la costumbre como fuente cuando, para alcanzar la objetividad de su sentencia o conocimiento, muestra la conducta individual que le es sometida como un nuevo caso de ese núcleo ideal y genérico que se encuentra en esa repetición de conducta que es la costumbre. La costumbre es fuente toda vez que en ella encuentra el

[16] Borda, G. *Manual de Derecho Civil.* (Parte General) – pág. 46

intérprete lo que necesita para afirmar la objetividad de su interpretación del caso: la existencia de un sentido genérico coincidente aceptado colectivamente por la comunidad.

I.6.3. Jurisprudencia

La palabra jurisprudencia se emplea en dos acepciones: la primera es equivalente a ciencia o conocimiento del derecho; la segunda, que hoy puede considerarse prevalente (y la que nos referiremos) al sentido concordante de las resoluciones de los órganos jurisdiccionales del Estado. Por ello, debe buscarse en las decisiones de los órganos jurisdiccionales del Estado, y se manifiesta *como una repetición, como una forma habitual o uniforme de pronunciarse, forma que denota influencia de unos fallos sobre otros.*

Es la fuente del derecho que resulta de la fuerza de convicción que emana de las decisiones judiciales concordantes sobre un mismo tema. Debe considerarse, que cada fallo debe tener un asidero jurídico sobre el conflicto que resuelve, y dicho asidero jurídico está constituido por una doctrina que será luego influyente en casos similares.

En todos los países se advierte la tendencia de los tribunales de justicia a seguir los precedentes, y de ahí que luego de haberse dictado una serie de fallos coincidentes sobre una misma cuestión jurídica, brota de ese hecho una gran fuerza de convicción para lo futuro.

En nuestro país nadie puede discutir el peso cada vez más importante que tiene la jurisprudencia como fuente del derecho, y ese peso es mayor cuanto más prestigioso es el Juez o la Cámara que lo emite, no obstante que cualquier otro Juez o Cámara pueda fallar en un caso idéntico de forma distinta.

Sin perjuicio de lo apuntado en el párrafo que antecede, existen en el ámbito nacional los llamados fallos plenarios, estos son las sentencias que dictan las Cámaras Nacionales de Apelaciones, que están integradas por Salas, cuando se reúnen en pleno, ya por propia iniciativa, ya para sustanciar algún recurso de inaplicabilidad articulado respecto de la sentencia dictada por una Sala del Tribunal. Los disidentes, como antes se ha dicho, puede dejar a salvo su opinión, pero deben ajustar las ulteriores decisiones a la doctrina del fallo plenario.

Por esto, la sentencia plenaria resulta obligatoria para lo futuro en cuanto a la doctrina legal que ella ha definido. De ahí que constituya una verdadera fuente formal de derecho de la que emana una norma jurídica válida para todas las situaciones posteriores.

I.6.4. La Doctrina

Observa Planiol, que la doctrina juega en la ciencia del derecho el mismo papel que la opinión pública en la política, el que es muy considerable, pues orienta la interpretación que cuadra efectuar del derecho y prepara, por su labor crítica y por el valor de la enseñanza, muchos cambios en la legislación y en la jurisprudencia.

Respecto del derecho positivo vigente, la doctrina es un elemento capital de su conocimiento, porque la jurisprudencia que hace vivir el derecho, suele tomar los principios de sus decisiones de la cantera inagotable que le proporciona la doctrina de los autores.[17]

En nuestro tiempo la doctrina de los autores no constituye una fuente formal del derecho, porque ella no impera en virtud de una autoridad que se imponga al intérprete independientemente del asentimiento intelectual de éste. La doctrina vale como expresión o traducción del derecho por la fuerza de convicción que ella es capaz de transmitir. Coincidimos con Gény en que la doctrina, es más una fuente científica del derecho, ya que es innegable por el sistemático conocimiento del ordenamiento jurídico que ella proporciona, al mostrar al intérprete todas las posibilidades del derecho positivo. Por lo demás, de ordinario, las cuestiones dudosas o controversias se deciden por la postura que frente a ellas asume la doctrina.

Como antes se dijo, la doctrina es invocada por los jueces para fundar en ella no solo sus sentencias sino cualquier resolución que emitan (autos, decretos, etc.). No obstante ello, debe admitirse que la doctrina carece de la obligatoriedad propia de la ley y de la costumbre y en la que participa también, en cierta medida, la jurisprudencia. En aquellas fuentes, el sentido general que goza de acatamiento comunitario está directamente dado en la comunidad (costumbre) o en sus órganos

[17] Llambías, J. *Derecho Civil.* (Parte General), Tº I, nº 80 – pág. 88

(ley y jurisprudencia), a los que respalda el apoyo comunitario. En cambio, los doctrinarios no puede invocar el carácter de portavoces oficiales de la comunidad. El juez suele acudir voluntariamente a la doctrina para encontrar el sentido objetivo del caso y señala en ella la intersubjetividad necesaria, pero no se encuentra constreñido a ellos por la comunidad ni directa ni indirectamente.[18]

Finalmente debemos decir, que la mayor influencia de esta fuente del derecho, estará directamente relacionado con el prestigio jurídico del doctrinario, a mayor prestigio de éste, mayor será la influencia de las opiniones que emita.

[18] Aftalión, E. *Introducción al Derecho* – pág. 679.

CAPÍTULO II

PERSONAS

CAPITULO II
PERSONAS

II.1. Concepto y tipologías

Nuestro derecho tiene por persona a todo ente dotado de aptitud suficiente para adquirir derechos y contraer obligaciones. El Código Civil, en su artículo 30 expresa: *"Son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos o contraer obligaciones".*

Algunos autores han criticado este concepto, puesto que es sobreabundante decir que son susceptibles de contraer obligaciones, pues se tiene a éstas como una especie del género de los derechos.

Para nuestro ordenamiento existen dos tipos de personas, especificado en el artículo 31 del Código Civil: *"Las personas son de una existencia ideal o de una existencia visible..."*.

Personas de existencia visible: Las define el artículo 51 del Código Civil, de la siguiente forma: *"Todos los entes que presenten signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible".* El exagerado concepto transcripto seguramente surgió, a partir de englobar a todos los "hombres" en sentido genérico, en contraposición a la supuesta existencia de monstruos o seres deformes. Lo cierto es que todo hombre es reconocido como "persona", a tenor de lo prescripto por los artículos 31 y 51 del Código Civil. Esto a su vez, concuerda con el principio constitucional que garantiza

la igualdad de todos los habitantes de la nación ante la Ley (art. 16 Constitución Nacional

Pero esta igualdad de los hombres en cuanto "personas" no exige un tratamiento igualitario de todos en cuanto a su capacidad. Un tratamiento diferencial de la "capacidad" de cada cual en función de las mil circunstancias en que el hombre puede encontrarse es beneficioso para la mejor obtención del bien común Así, pues, es perfectamente compatible el reconocimiento de la personalidad de todos los hombres, con la múltiple diversidad de la capacidad de cada cual, siempre que la restricción de que se trate, no comporte un desconocimiento de cierto grado de aptitud que no podría negar la ley sin incurrir en arbitrariedad odiosa, y dejar por tanto de ser derecho. [20]

Personas de Existencia Ideal: Están definidas sin demasiada precisión por el artículo 32 del Código Civil, al decir: *"Todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones, que no sean personas de existencia visible, son personas de existencia ideal, o personas jurídicas".*

Dada la naturaleza social del hombre, y que el mismo se agrupa con distintos fines, lucrativos o no, el codificador le ha reconocido a tales agrupaciones el carácter de personas, con el fin de que puedan adquirir derechos y contraer obligaciones, en síntesis les ha reconocido existencia.

II.1.1. Personas de Existencia Visible

El comienzo de la personalidad en las personas de existencia visible comienza con la concepción en el seno materno. En tal sentido, desde que el óvulo es fecundado en el seno materno, estamos en presencia de una persona. Así, el artículo 63 del Código Civil reconoce a éstas diciendo: *"Son personas por nacer las que, no habiendo nacido, están concebidas en el seno materno"*. En tanto que el artículo 70 del mismo cuerpo legal, determina el comienzo de la existencia de ellas, expresando: *"Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas..."*. El preciso momento en que comienza la existencia cobra importancia vital, ya que los óvulos fecundados fuera del seno materno, no son consideradas

[20] Lambías, J., ob. cit. t I, p .250

personas para nuestra ley, puesto que en ambos artículos hace clara referencia a que los mismos deben estar concebidos en el seno materno.

Por otra parte, este criterio ha sido tenido en cuenta en el Derecho Penal argentino, puesto que su artículo 85 castiga el aborto. Es decir se considera delito, por el hecho que hay vida a partir del momento en que la concepción se produce.

Es necesario seguir analizando del artículo 70 del Código Civil, puesto que en su segunda parte determina: *"...y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre".* Es decir, que todo ser concebido en el seno materno de su madre, puede adquirir derechos, no obstante lo cual, la "adquisición" tendrá el carácter de definitivo si el mismo nace con vida, aunque fuere por unos instantes. Esto no es otra cosa que estar supeditada la adquisición del derecho, a una condición.

La otra posibilidad es que el concebido en el seno materno no llegara a nacer con vida. Situación que ha sido contemplada en el artículo 74 del Código Civil, que expresa que dicho ser nunca existió. La norma expresa: *"Si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubieran existido".*

Cabe aclarar que las personas por nacer pueden adquirir bienes mediante donación, herencia, legados, por cargo impuesto a un tercero, alimentos; como así también ser titular de acciones de Estado, daños y perjuicios por actos ilícitos cometidos contra sus parientes o contra ellos, etc.

II.1.1.1. Concepción y Embarazo

La concepción es un hecho biológico, por el cual se forma un nuevo ser en el seno materno. Es decir, determina el momento inicial de la vida humana y jurídicamente importa el reconocimiento de la personalidad jurídica del nuevo ser. Para determinar la época en que fue concebida una persona, el Código Civil ha seguido un criterio práctico basado en la posible duración máxima y mínima del embarazo de la mujer. Para ello, se tiene en principio como cierto que no hay embarazo que pueda durar más de 300 días (10 meses) ni menos de 180 días (6

meses). En tal sentido, queda un periodo de 120 días durante el cual se presume que ha ocurrido la concepción de la persona.

La Ley 23.264 hizo un cambio sustancial al artículo 77 del Código Civil, ya que admite la prueba en contrario a la presunción antes indicada, situación esta que antes se encontraba vedada. Es decir, a partir de dicha ley, se puede probar que ha ocurrido la concepción fuera de los periodos estipulados por la ley, esto es, se presume *iuris tantum* que la concepción del nuevo ser se produjo entre los 180 y los 300 días de nacido. A los fines de mayor claridad, se transcribe el texto de la ley:

> ***Artículo 76*** *"La época de la concepción de los que naciesen vivos, queda fijada en todo el espacio de tiempo comprendido entre el máximum y mínimum de la duración del embarazo".*
>
> ***Artículo 77*** *"El máximo del tiempo del embarazo se presume que es de 300 días y el mínimo de 180 días, excluyendo el día de nacimiento. Esta presunción admite prueba en contrario".*

La importancia de fijar este periodo, radica en que los derechos adquiridos por la persona por nacer se tendrán por no adquiridos, si se determina que en función de la época de concepción en el seno materno no podría haberse operado la transmisión por no existir la persona; al igual que es importante determinar la época de la concepción para determinar el estado de familia de la persona nacida.

En síntesis, puesto que la persona está jurídicamente protegida desde el nacimiento de su concepción, hay un interés en determinar la efectividad del embarazo. Pero no sólo está de por medio el interés de la persona por nacer y la necesidad de amparar su vida y sus derechos, sino que eventualmente, pueden existir otras personas cuyos derechos patrimoniales dependan del nacimiento.[21]

II.1.1.2. El Nacimiento

Tal como dijimos anteriormente, el nacimiento de la persona reviste especial importancia jurídica, por el hecho que los derechos quedarán irrevocablemente adquiridos por la persona en dicho instante. En contraposición a

[21] Borda, G. ob. cit. , p. 143

ello, el "nacimiento" sin vida del concebido aniquila retroactivamente la personalidad de este y por consecuencia desvanece los derechos que se hubieran constituido en su cabeza. Tal es lo expresado por el artículo 74 del Código Civil: *"Si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubieran existido".*

Entonces es importante determinar el momento del nacimiento, puesto que si bien la existencia comienza con la concepción, es a partir de este momento cuando quedan irrevocablemente adquiridos los derechos. La mayor influencia que tiene el nacimiento es sobre las relaciones jurídicas pendientes, pues el nacimiento sin vida del concebido aniquila retroactivamente la personalidad de éste y por consiguiente desvanece los derechos que se hubieran constituido en su cabeza.

Desde un punto de vista jurídico, el nacimiento se produce cuando el concebido ha sido expedido del vientre materno, y quede separado de la madre. Explica el Dr. Llambías, que hasta entonces el concebido, tiene su propio torrente sanguíneo pero no oxigena la sangre por sus pulmones ni se nutre por su aparato digestivo, sino que saliendo su sangre por el cordón umbilical regresa por el mismo lugar luego de haberse oxigenado y nutrido por ósmosis a través de la placenta de la madre sin interferir en el torrente sanguíneo de ella. Cuando al tiempo del parto se corta el cordón umbilical, queda completado el acto del nacimiento y separado el nacido de su madre. Con ello la circulación sanguínea de la criatura requiere la oxigenación por la vía pulmonar y las cavidades antes virtuales de los pulmones del niño se abren para dar paso al aire que habrá de oxigenar la sangre, entonces la criatura exhala su primer vagido que hace conocer a los demás que el nacimiento se ha completado con felicidad. La ley no distingue según que el nacimiento haya sido espontáneo o logrado mediante operación quirúrgica. Así lo explica el artículo 71 del Código Civil al decir: *"Naciendo con vida no habrá distinción entre el nacimiento espontáneo y el que se obtuviese por operación quirúrgica".*

Si alguna duda cabe acerca de si el nacimiento tuvo lugar con o sin vida, la ley presume que lo ha sido con vida, salvo prueba en contrario. Tal lo determina el artículo 75 del Código Civil: *"En caso de duda de si hubieran nacido o no con vida, se presume que nacieron vivos, incumbiendo la prueba al que alegare lo contrario".* Opina Orgaz, que la presunción de que la persona nació con vida reside en el respeto de la personalidad humana, pues la duda sobre el nacimiento con vida debe bastar

para que se incline a su favor dicha presunción a fin de impedir que en algún caso la personalidad humana deje de ser reconocida.

II.1.1.3. Atributos Inherentes a la Persona

Se denominan atributos inherentes a la persona, al conjunto de cualidades intrínsecas que ostentan las personas por el solo hecho de revestir dicho carácter, y que en su conjunto las individualiza y distingue de las demás.

El carácter de inherentes responde, a que no puede concebirse una persona que carezca de dichos atributos como así también que existan dichos atributos sin estar constituidos en cabeza de alguna persona.

Todos los atributos reúnen las siguientes ***características***:

Necesidad: Conforme ya se dijo, no podemos concebir que exista una persona que carezca de los mismos.

Unidad: No se puede tener más de un atributo de la misma especie al mismo tiempo.

Inalienabilidad: No pueden ser transferido de una persona a otra por acto alguno, están fuera del comercio.

Imprescriptibilidad: Pues no se adquieren ni se extinguen por el mero transcurso del tiempo.

Innatos: Se adquieren con el nacimiento.

Vitalicios: Ya que duran tanto como la vida del titular.

Absolutos: En el sentido de que se pueden oponer *erga omnes.*

Son atributos inherentes a las personas

- El nombre
- La capacidad
- El domicilio
- El patrimonio
- El estado

Desde ya que éste último, sólo puede ser ostentado por las personas físicas.

II.1.1.3.1. El Nombre

El nombre es el modo más antiguo de designación e identificación de una persona dentro de la sociedad en que vive. En las sociedades primitivas y poco numerosas, el nombre era individual, pero ello resultó insuficiente en los países densamente poblados. En Roma, al nombre individual, se le agregó el nombre de la familia o *gens*, que era el *nomen* propiamente dicho; y finalmente, en los últimos tiempos de la República, comenzó a usarse un tercer nombre, el *cognomen*, que era al principio algo así como un sobrenombre individual, pero luego se transmitía de padres a hijos, para distinguir las diferentes ramas de una misma *gens.*

A la caída del Imperio Romano, los pueblos bárbaros continuaron con su costumbre primitiva de usar un solo nombre individual. Pero a medida que los pueblos y ciudades se poblaban más densamente, se fue haciendo necesario agregar al nombre de pila, un sobrenombre que permitiera distinguirlo de otros homónimos. Lo más frecuente era agregar al nombre de pila *"hijo de"*; por ejemplo: Carlos hijo de Fernando; más tarde la expresión *"hijo de"* fue reemplazada por el sobrenombre *"ez"*: Fernández, González, significaban hijo de Fernando, hijo de Gonzalo. Otras veces, el sobrenombre se tomaba del oficio como Herrero, Escribano o Tejedor. También se utilizó una característica o un defecto físico como Calvo, Rojo o Blanco Otra forma utilizada fue la practicada por os señores feudales que tomaban para sí el nombre de sus tierras, anteponiendo la partícula *"de"*. Con el transcurso del tiempo, estos sobrenombres o apodos se fueron haciendo hereditarios y se transformaron en lo que hoy se llama apellido[19].

El nombre, es la designación exclusiva que corresponde a cada persona. Cumple con la función de identificar a cada una de ellas en relación a las demás. En este sentido se ha definido al nombre de pila, como el elemento individual del nombre que sirve para distinguir a la persona dentro de su familia. A su vez, dado que admite una forma masculina y otra femenina, sirve para caracterizar el sexo de la persona.

[19] Borda, G. ob.cit., p. 188

Este atributo presenta los siguientes caracteres:

- ***Es necesario,*** pues toda persona debe tener un nombre.
- ***Es único,*** ya que nadie puede tener más de uno.
- ***Es inalienable,*** por estar fuera del comercio.
- ***Es inembargable,*** ya que al estar fuera del comercio, no puede ser susceptible de ser embargado.
- ***Es imprescriptible,*** en cuanto no puede adquirirse ni perderse por el mero transcurso del tiempo.
- ***Es inmutable,*** porque salvo casos excepcionales (mediante resolución judicial) no puede ser cambiado.
- ***Es indivisible,*** puesto que una persona tiene el derecho y deber de llevar un mismo nombre frente a todos.

II.1.1.3.1.1. Reglas para la Elección

La Ley 18.248, en su artículo 3º solamente se limita a establecer pautas a las que deben ajustarse los nombres de las personas, así dispone: *"El derecho de elegir el nombre de pila se ejercerá libremente, con la salvedad de que no podrán inscribirse:*

- Los nombres que sean extravagantes, ridículos, contrarios a nuestras costumbres, que expresen o signifiquen tendencias políticas o ideológicas, o que susciten equívocos respecto del sexo de la persona a quien se impone
- Los nombres extranjeros, salvo los castellanizados por el uso o cuando se tratare de los nombres de los padres del inscripto, si fuesen de fácil pronunciación y no tuvieran traducción en el idioma nacional. Quedan exceptuado de esta prohibición el nombre que se quisiera imponer a los hijos de los funcionarios o empleados extranjeros de las representaciones diplomáticas o consulados acreditados antes nuestro país, y de los miembros de misiones públicas o privadas que tengan residencia transitoria en el territorio de la República.

- Los apellidos como nombre.
- Primeros nombres idénticos a los hermanos vivos.
- Más de tres nombres

Las resoluciones denegatorias del Registro de Estado Civil serán recurribles ante el Tribunal de Apelaciones en lo Civil dentro de los quince días de notificadas".

II.1.1.3.1.2. Cambio de Nombre

Uno de los caracteres que posee el nombre es el de la inmutabilidad, motivo por el cual no puede ser cambiado. Ahora bien, también dijimos al explicar este carácter, que el mismo no era absoluto y que en casos excepcionales podía ser cambiado. A fin de que esto pueda llevarse a cabo, deben reunirse los siguientes requisitos:

- Que concurra una causa grave que justifique el cambio.
- Que se de intervención a la autoridad competente para apreciar la procedencia del cambio.
- Que autorizado el cambio se efectúe la publicidad del mismo, para ahorrar perjuicios a terceros.

II.1.1.3.1.3. El Apellido

Es la designación común a todos los miembros de una misma familia. Conjuntamente con el nombre de pila identifican al individuo.

> ***Artículo 4º*** *de la Ley 18248, dispone: "Los hijos matrimoniales llevarán el primer apellido del padre. A pedido de los progenitores podrá inscribirse el apellido compuesto del padre o agregarse el de la madre. Si el interesado deseare llevar el apellido compuesto del padre o el materno, podrá solicitarlo ante el Registro de Estado Civil desde los dieciocho años. Una vez adicionado, el apellido no podrá suprimirse".*

En caso de que el hijo sea extramatrimonial y hubiera sido reconocido por uno solo de los progenitores, el mismo adquiere su apellido, quedando facultado para solicitar el apellido del padre, si éste lo reconociera posteriormente. Esto ha sido regulado en el artículo 5º de la Ley 18248, que reza: *"El hijo extramatrimonial reconocido por uno solo de sus progenitores adquiere su apellido.*

Si es reconocido por ambos, sea simultánea o sucesivamente, adquiere el apellido del padre. Podrá agregarse el de la madre, en la forma dispuesta en el artículo anterior. Sin embargo, si el reconocimiento del padre fuese posterior al de la madre, podrá, con autorización judicial, mantenerse el apellido materno cuando el hijo fuese públicamente conocido por éste. El hijo estará facultado también, con autorización judicial, para hacer la opción dentro de los 2 años de haber cumplido los 18 años, de su emancipación o del reconocimiento paterno, si fuese posterior.

Si la madre fuese viuda, el hijo llevará su apellido de soltera".

Para el caso de hijos adoptivos, los mismos llevan el apellido del adoptante, pudiendo, a pedido de éste, agregarse el de origen (artículo 11 Ley 18.248).

II.1.1.3.2. Domicilio

Salvat ha definido al domicilio como el asiento jurídico de la persona, por su parte Orgaz afirma que es "la sede legal de la persona" o "el centro territorial de las relaciones jurídicas de una persona o bien el lugar en que la ley sitúa a una persona o bien el lugar en que la ley sitúa a una persona para la generalidad de sus relaciones de derecho".

La noción de domicilio es necesaria para la organización social y todas las relaciones jurídicas que de ella se desprendan, tanto para el Estado como para el resto de las personas particulares. Así, si se hace necesario conocer el domicilio de las personas para que la misma pueda ser ubicada, a fin de ser notificada y pueda ejercer sus derechos.

Para ello debemos no confundir los siguientes conceptos, adhiriendo a las apreciaciones de Llambías quien advierte acerca de estos conceptos:

El **domicilio** es una noción jurídica que según los casos quedará en un lugar o en otro, ej, el domicilio de un militar en actividad está en el lugar donde está destinado, el domicilio de un militar retirado está en el lugar donde vive con su familia.

La **residencia** es una noción vulgar, que alude al lugar donde habita ordinariamente la persona. Puede o no, según los casos, ser un elemento constitutivo del domicilio, revistiendo ese carácter cuando la ley determina el domicilio (concepto jurídico) de la persona en función de su residencia (concepto material).

La **habitación** es el lugar donde la persona se encuentra accidental o momentáneamente, Ej. dónde pasa una estadía de vacaciones. Comparada la habitación con la residencia, se advierte que ambas nociones son de orden vulgar, no técnico, diferenciándose por lo habitual y por la permanencia que corresponde a la última y de las que carece la primera.

El domicilio presenta los siguientes caracteres:

Legal, en cuanto la ley lo instituye, computando uno u otro elemento material o intencional, según los casos.

Necesario, ya que no puede faltar en toda persona, pues si alguien careciera jurídicamente de domicilio quedarían sin soporte territorial sus derechos y deberes

Único, en cuanto queda eliminada la posibilidad de dos domicilios simultáneos, pues la constitución de un nuevo domicilio extingue los efectos del precedente. Siempre la persona tiene un domicilio general y sólo uno.

II.1.1.3.2.1. Clasificación

Existen dos grandes géneros de domicilios, ellos son: **general** y **especial.** El primero, es el que la ley determina para cualesquiera derechos u obligaciones; en tanto, que el domicilio especial, es el que produce efectos limitados a una o varias relaciones jurídicas determinadas. A su vez, el domicilio general y especial se subdividen en especies diferentes, a saber:

- **El domicilio general** . Se integra con dos especies, que son:
    - El domicilio legal

- El domicilio real.

- **El domicilio especial**. Se integra con varias especies de las cuales las principales son:
  - El domicilio convencional o de elección
  - El domicilio procesal
  - El domicilio conyugal; etc.

La importancia de poder determinar el domicilio de cada una de las personas, radica en los siguientes casos:

- Para determinar la ley aplicable, en lo referente a la capacidad de las personas (artículos 6 y 7 del Código Civil);
- Para fijar la competencia de los jueces o autoridades administrativas, específicamente en la competencia de los jueces para entender con respecto a acciones personales; se determina por el domicilio del demandado.
- Para indicar el lugar donde han de efectuarse válidamente las notificaciones a la persona. Ej. las notificaciones o emplazamientos para estar a derecho, deben ser efectuadas en el domicilio de la persona notificada o emplazada independientemente de que la jurisdicción corresponda a un juez diverso, por la índole del asunto
- Para precisar el lugar de cumplimiento de las obligaciones por parte del deudor, ej. En este caso si no se ha pactado un lugar determinado, o no se trata de un cuerpo cierto y determinado, debe hacerse efectivo en el lugar del domicilio del deudor (art. 747 del Código Civil).

II.1.1.3.2.1.1. Domicilio General

Es el que rige la generalidad de las relaciones jurídicas de una persona. Conforme se explicó, ante nuestra ley se presenta bajo dos especies distintas: el domicilio legal y el domicilio real. Llambías critica esta dualidad, por entender que no se justifica, ya que el domicilio en cuanto atributo de la persona es una calidad de ésta que la ley le atribuye, y por consiguiente es siempre legal y no deja de serlo

cuando la ley lo determina en función de ciertos elementos materiales, como la residencia, librados a la autonomía de la persona.

II.1.1.3.2.1.2. Domicilio Legal

Está conceptualizado por el artículo 90 del Código Civil, que dice: *"El domicilio legal es el lugar donde la ley presume, sin admitir prueba en contra, que una persona reside de una manera permanente para el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones, aunque de hecho no esté allí presente".*

La ley asigna a la residencia física de una persona como elemento importante para determinar su domicilio real, pero existen casos en que la persona no puede fijar su efectiva residencia en un determinado lugar. Para estos casos, se consideran otros aspectos diversos a la residencia a fin que sea tenido como domicilio legal.

Los caracteres de éste son:

- ***Es forzoso,*** en cuanto lo impone la ley independientemente de la voluntad del interesado.
- ***Es ficticio o puede serlo,*** pues la ley supone una presencia del interesado en ese lugar, que puede no ser real (artículo 90 in fine del Código Civil).
- ***Es excepcional y de interpretación restrictiva,*** en el sentido de que funciona solamente en las hipótesis previstas por la ley, sin que estas situaciones puedan extenderse por analogía a otros supuestos.
- ***Es único,*** pues cuando concurren varios hechos constitutivos de domicilio legal hace que sólo uno de esos hechos se tome en cuenta para fijar el domicilio de la persona.

II.1.1.3.2.1.2.1. Caducidad del Domicilio Legal

Así como el domicilio legal se constituye de pleno derecho por la sola gravitación de las circunstancias personales determinantes de esa clase de domicilio –función pública, profesión militar, etc.-, del mismo modo se produce la caducidad del domicilio legal por la cesación del hecho que lo hubiere motivado.

En este sentido, el artículo 91 del Código Civil, expresa: *"La duración del domicilio de derecho depende de la existencia del hecho que lo motiva. Cuando éste, el domicilio se determina por la residencia con intención de permanecer en el lugar que se habite".*

Explica Llambías, que la disposición contiene una afirmación final excesiva. Porque podría ser que aun cesando el hecho determinante del domicilio legal, con todo el domicilio de la persona no se determinase por su residencia.

II.1.1.3.2.1.3. Domicilio Real

Se encuentra explicado en el artículo 89 del Código Civil, que expresa: *"El domicilio real de las personas es el lugar donde tienen establecido el asiento principal de su residencia y de sus negocios"*. Debe resaltarse que en este concepto no se alude al elemento intencional, que es un ingrediente indispensable, motivo por el cual autorizada doctrina adiciona a este concepto la frase *"con la intención de establecer allí el asiento de su actividad".*

Existen dos elementos que componen el domicilio real, ellos son: *corpus* y *animus.* El primero de ellos se refiere a la residencia efectiva de la persona en un lugar. Para quienes por razón de sus ocupaciones, hábitos viajeros o cualquier causa, su residencia aparece dividida en varios lugares, se hace necesario determinar cual es el asiento principal de esa persona. Tales casos se encuentran comprendidos en los artículos 93 y 94 del Código Civil, que expresan:

> ***Artículo 93:*** *"En el caso de habitación alternativa en diferentes lugares el domicilio es el lugar donde se tenga la familia, o el principal establecimiento".*
>
> ***Artículo 94****: "Si una persona tiene establecida su familia en un lugar y sus negocios en otro, el primero es el lugar de su domicilio".*

En tanto que el animus, consiste en la intención de permanecer en el lugar y de constituir allí el centro de los afectos e intereses, aunque tal designio no sea para siempre, bastando que sea por tiempo indefinido. Dicho elemento se encuentra registrado en los siguientes artículos del Código Civil:

> ***Artículo 92:*** *"Para que la habitación cause domicilio, la residencia debe ser habitual y no accidental, aunque no se tenga intención de fijar allí para siempre".*
>
> ***Artículo 97****: "El domicilio puede cambiarse de un lugar a otro. Esta facultad no puede ser coartada ni por contrato, ni por disposición de última voluntad. El cambio de domicilio se verifica instantáneamente por el hecho de la traslación de la residencia de un lugar a otro, con ánimo de permanecer en él y tener allí su principal establecimiento".*
>
> ***Artículo 99****: "El domicilio se conserva por la sola intención de no cambiarlo, o de no adoptar otro".*

De lo antes expuesto, se puede colegir que el domicilio real se constituye cuando se configuran el *corpus* y el *animus*, puesto que no basta la presencia de uno de estos elementos constitutivos. De todas formas, una vez constituido el domicilio real, su mantenimiento se produce con la sola subsistencia de uno de los elementos nombrados; y la extinción procede cuando se constituye un domicilio real nuevo.

Además de tener los caracteres propios del domicilio, posee específicamente los siguientes:

- ***Es real,*** en cuanto tiene como base la efectiva residencia de la persona en un cierto lugar, por oposición al domicilio legal que puede ser ficticio si se atiende a la presencia de la persona en el mismo.
- ***Es voluntario,*** ya que su constitución, mantenimiento y extinción dependen de la voluntad de la persona a quien afecta, por oposición al domicilio legal.
- ***Es de libre elección,*** ya que la ley garantiza la libertad del interesado para elegir su domicilio y trasladarlo al lugar de su conveniencia o sus posibilidades. Esto, en un todo de acuerdo con lo prescripto en el artículo 97 del Código Civil, al decir: *"El domicilio puede cambiarse de un lugar a otro. Esta facultad no puede ser coartada ni por contrato, ni por disposición de última voluntad…".*

II.1.1.3.2.1.4. Domicilio Especial

El domicilio especial, es aquel que produce efectos limitados a una o varias relaciones jurídicas determinadas. Por ello, a diferencia del domicilio general el especial, no es necesario, puede ser múltiple y puede cederse, hasta incluso puede perdurar en el tiempo, cual es el caso de que se transmita a los herederos.

Son casos de domicilio especial, los siguientes:

- ***Domicilio Procesal:*** Es el que constituye todo litigante a fin de ser notificado en de todos los actos procesales susceptible de ello. El Código Procesal Civil de Mendoza, determina que dicho domicilio debe constituirse dentro del radio de las 30 cuadras del Tribunal.
- ***Domicilio Matrimonial:*** Es el domicilio común de los cónyuges, que rige a fin de determinar la jurisdicción en caso de divorcio o nulidad del matrimonio.
- ***Domicilio Comercial:*** Es el de los comerciantes, y produce efectos para el cumplimiento de la obligaciones emergentes del ejercicio de dicha profesión.
- ***Domicilio Especial:*** El artículo 101 del Código Civil expresa: *"Las personas en sus contratos pueden elegir un domicilio especial para la ejecución de las sus obligaciones".* Es utilizado en la celebración de los contratos, de manera tal que todos los efectos emergentes del contrato para ser válidamente notificados deberán ser efectuados en el domicilio constituido. Solo resta agregar, que por imperio del artículo 102 del mismo cuerpo legal, dicho domicilio implica la extensión de la jurisdicción, al decir: *"La elección de un domicilio implica la extensión de la jurisdicción que no pertenecía sino a los jueces del domicilio real de las personas".*

II.1.1.3.3. El Estado

Para Savatier, el Estado de una persona, "es el conjunto de las calidades extrapatrimoniales determinantes de su situación individual y familiar".Nuestro Código Civil al hablar de este se refiere al "estado civil" de una persona. Es decir a

la situación familiar que ocupa una persona física en el seno de su familia. Queda por demás claro que al hablar del "estado de una persona" no podemos hacer otra referencia que no sea a las personas físicas. Entonces, se puede tener el estado de hijo, de padre, de hermano, de soltero, de casado, etc. Dependiendo del estado que ostente una persona, serán los derechos y obligaciones que posea.

Determinar el estado de una persona no es una cuestión meramente teórica, ya que posee una íntima conexión con otras instituciones del derecho, tales como sobre la capacidad de las personas, sobre el nombre, etc. Así cuando una persona cambia su estado civil, adquiriendo por ejemplo el estado de casado se modifica su capacidad, ya que no pueden existir donaciones entre cónyuges (art. 1807, inc. 1 C.C.), ni celebrar entre sí ventas (art. 1358 C.C.), permutas (art. 1490 C.C.), también se hace necesario el asentimiento conyugal para disponer de ciertos bienes a terceros. En orden de cosas, no pueden ser testigos en instrumentos públicos los parientes del oficial público dentro del 4º grado (art. 990 C.C.).

Con relación al nombre, el estado influye en la facultad que le asiste a la mujer casada de agregar a su apellido el de su marido precedido del prefijo "de", también en casos que un hijo es reconocido por su padre, le asiste la facultad de llevar el mismo apellido de éste.

Por otra parte, también suele hacerse referencia al estado político de las personas, que son los que sirven para determinar entre otros los derechos y obligaciones de un individuo en relación con el Estado, así ostentando el estado de ciudadano nativo o por adopción, se puede hacer uso del derecho a voto.

El estado presenta las siguientes características:

- Es inalienable
- Es imprescriptible
- Es indivisible
- Es recíproco, ya que el estado de una persona corresponde a otro igual respecto de otra.

Implicancias. Respecto de los efectos jurídicos del estado civil, en relación a otras instituciones, tenemos que tener en cuenta lo siguiente:

- Remitimos a lo antes expuesto, sobre la capacidad y la influencia que puede tener el nombre de las personas.

- Genera un derecho subjetivo a favor de las personas por la cual éstas puedan amparar su estado por intermedio de las llamadas "acciones de estado".
- Da origen al derecho de familia y hereditario.
- En el orden procesal, con figura causal de recusación o excusación de los jueces.
- En lo penal, constituye un eximente, un atenuante o un agravante de las penas.

II.1.1.3.3.1. Posesión de Estado

El estado de familia es el conjunto de derechos y deberes subjetivos familiares explicitados en la ley; como el derecho de alimentos, la vocación hereditaria, etc. Ese estado de familia que goza una persona puede ser observado según los comportamientos sociales e individuales que son habituales al estado que se invoca, unido a las circunstancias particulares de esa misma persona.[20]

Al decir de Llambías, existe *posesión de estado,* cuando una persona disfruta de determinado estado de familia, con independencia del título sobre el mismo. Además continua diciendo que esta noción ha sido obtenida por analogía con la posesión de las cosas. Pues así como hay posesión cuando alguien detenta como dueño de ella, y por tanto aprovechar los beneficios que rinde según su naturaleza, en el orden de la familia hay posesión de estado cuando alguien ocupa una determinada situación familiar –de hijo, padre, esposo, etc.- y goza de hecho de las ventajas anexas a la misma soportando igualmente los deberes inherentes a esa situación.

Los tribunales argentinos, en general, asignan mayor relevancia para la configuración de la posesión de estado, al trato padre-hijo –*tractus*-, no exigiendo la concurrencia simultánea del nombre, trato y fama. Asimismo, la jurisprudencia

[20] Lloveras, N. *Patria Potestad y Filiación* – pág. 111.

mayoritaria deja librado a la apreciación del juez la existencia y valoración de la posesión de estado.[21]

II.1.1.3.3.2. Prueba de la Existencia y del Estado de las Personas

Siendo estos hechos de tanta importancia, ya que implica ni más ni menos demostrar que una persona existe o ha existido, y en su caso el estado que ostenta, la ley ha precisado la forma como deben ser comprobados. Así, a partir del nacimiento de una persona, existen elementos de prueba de cada uno de los actos que inciden en el Estado de las mismas, tales como: filiación, matrimonio, divorcio, adopción, legitimación de hijos, hasta la misma muerte.

Todos los actos mencionados, deben ser registrados ante el Registro Nacional del Estado Civil y Capacidad de las Personas, quien luego emite a través de las partidas, los actos que se hubieran registrados en el mismo. Por el ello, se denominan partidas de Registro Civil, a los asientos consignados en los libros respectivos, y las copias auténticas de los mismos. En este mismo sentido, las partidas parroquiales, son los asientos en los libros que deben llevar las parroquias, conforme a la legislación canónica y las copias de los mismos. Dichos instrumentos, por imperio del artículo 979 inciso 10º del Código Civil ostentan el carácter de "instrumentos públicos", al decir: *"Son instrumentos públicos respecto de los actos jurídicos… los asientos de los matrimonios en los libros parroquiales, o en los registros municipales, y las copias sacadas de esos libros o registros".*

Sin prejuicio de los requisitos en particular que cada una de las partidas deben tener, podemos mencionar como contenidos mínimos los siguientes:

- Fecha y datos personales de los comparecientes.
- Inscripción de los hechos que se intentan consignar.
- Si el acto es a instancia de una sentencia, se deberá transcribir la misma, o cualquier otro acto cumplido ante un Oficial Público.
- Notas marginales referenciales que sirven para vincular los diferentes asientos entre sí.

[21] L.L. 118-745; L.L. 131-1191; L.L. 101-683; L.L. 133-351.

Los artículos 79 a 86 del Código Civil, precisan el modo de comprobar el nacimiento, lugar, sexo, nombre, apellido, paternidad y maternidad; atribuyéndose expreso valor legal a los certificados auténticos extraídos de los asientos de los registros públicos en relación con los nacidos en el país, y a los instrumentos que según la legislación del lugar, resulte idóneo respecto de los extranjeros nacidos en el país de su nacionalidad o en otro país extranjero, con la exigencia de su legalización por los agentes consulares o diplomáticos de la República (arts. 82 y 83 C.C.). La prueba legalmente idónea del nacimiento de una persona, es lo que jurídicamente se denomina "la partida", porque en relación con ese destino probatorio, tiene la calidad de instrumento público, o sea que da fe *erga omnes* de lo que contiene en ese sentido y, en consecuencia, se presume su autenticidad hasta que se pruebe lo contrario, por la vía adecuada.[22]

Completando lo expresado en el párrafo que antecede, dado su carácter de instrumento público, las partidas de estado civil se encuentran sujetas a todas las causas de nulidad y anulabilidad que pueden afectar a dichos instrumentos. Así pueden ser nulas: por ausencia de capacidad en el oficial público otorgante; ausencia de competencia material en el funcionario interviniente y por inobservancia de las formalidades legales prescriptas. En caso de que alguna partida sea emitida con algún error material u omisión, puede ser instada su rectificación por vía administrativa o por vía judicial, siendo en este caso juez competente, el del lugar donde se encuentra el asiento original que pretenda rectificarse o el del domicilio del solicitante (art. 66, parte 2ª de la ley 14.586).

II.1.1.3.3.2.1. Disposiciones Legales sobre la Prueba del Nacimiento

Existen disposiciones legales referentes a distintos supuestos de nacimiento, a saber:

- **Prueba del nacimiento de los nacidos en el país:** Esta se realiza por medio de *"certificados auténticos extraídos de los asientos de los registros públicos".* (art. 80 C.C.). Es decir, la partida prueba el lugar, día del nacimiento, el sexo, nombre, apellido, paternidad y maternidad del

[22] Sala, A.; Trigo Represas, F. ; López Mesa, M. *Código Civil Anotado.* Tº 4-A – pág. 43

nacido; pero no la legitimidad de la filiación, ya que para dicho extremo se requiere la partida de matrimonio de los padres.

- **Prueba del nacimiento ocurrido en alta mar:** Se puede probar *"por copias auténticas de los actos que por ocasión de tales accidentes deben hacer los escribanos de los buques de guerra y el capitán o maestro de los mercantes, en las formas que prescriba la respectiva legislación"* (art. 81 C.C.).
- **Prueba del nacimiento ocurrido en el extranjero:** Para probar un nacimiento producido en país extranjero ha de recurrirse a los instrumentos que según la legislación de ese país sean idóneos para acreditar el hecho. Pero si se trata de una persona a la que corresponda la nacionalidad argentina, no obstante el nacimiento en el extranjero podrá probarse este hecho también por los certificados de los registros consulares.
- **Prueba del nacimiento de hijos de militares:** Según el art. 84 se prueba el nacimiento *"de los hijos de militares en campaña fuera de la República, o empleados en servicio del ejército, por certificados de los respectivos registros, como fuesen determinados en los reglamentos militares".*

II.1.1.3.3.2.1.1. Prueba Supletoria

Cuando hay imposibilidad de producir la prueba legal de los hechos que confieren un determinado estado civil, es necesario recurrir a un procedimiento judicial a fin de demostrar los hechos alegados. En este procedimiento, la ley permite que las personas se valgan en forma amplia de todo tipo de elementos conducentes a demostrar al juez sobre dichos hechos, esto es lo que se ha denominado prueba supletoria, tales como: partidas parroquiales, pasaporte extranjero, libreta de familia, testigos, y todo tipo de prueba que puedan hacer presumir el estado solicitado por el interesado.

El Código Civil en su artículo 85 dispone: *"no habiendo registros públicos, o por falta de asiento en ellos, o no estando los asientos en la debida forma, puede*

probarse el día del nacimiento, o por lo menos el mes o el año, por otros documentos o por otros medios de prueba".

Para instar la prueba supletoria en sede judicial, es requisito indispensable acreditar la procedencia de la misma, por encontrarse imposibilitada la persona de probar los hechos que se trata, por algunos de los supuestos previstos en el artículo 85 del Código Civil. Debemos agregar que la mencionada enumeración, es de carácter limitativa. Y comprende los siguientes aspectos:

- ***Falta de Registros:*** Procede en aquellos casos en que por cualquier circunstancia que fuera (incendio, inundación, terremoto, etc), se ha destruido el material existente en el Registro de Estado de Civil y Capacidad de las Personas.
- ***Falta de Asientos:*** Se refiere a omisiones producidas al momento de realizar algún asiento en las pertinentes partidas. La omisión puede ser por causa de la persona que realizó la inscripción o del empleado del Registro.
- ***Irregularidad en la Partida:*** Esta hipótesis procede, en casos de existir alguna causal de nulidad de la partida.

II.1.1.3.3.2.2. Prueba de la Defunción

El artículo 104 del Código Civil dispone: "la muerte de las personas, ocurridas dentro de la República, en alta mar o en país extranjero, se prueba como el nacimiento en iguales casos".

Solo resta agregar, que son de aplicación todas las reglas oportunamente expuestas para los casos de nacimiento.

II.1.1.3.3.2.2.1. Prueba Supletoria del Fallecimiento

También en este punto debemos remitir a lo oportunamente expuesto respecto al nacimiento de la persona. Para formular la denuncia de una defunción, y poderse labrar el asiento pertinente en los libros del Registro Civil, se requiere

certificado médico de defunción o manifestación de dos testigos de haber visto el cadáver.

II.1.1.3.3.3. Extinción de la Persona

En la antigüedad eran varias las causas de extinción jurídica de las personas, tales como la muerte, la esclavitud y la muerte civil por profesión religiosa o condena perpetua. Actualmente, sólo la muerte pone término a la vida del hombre, hecho éste que altera la totalidad de las relaciones jurídicas constituidas en cabeza del difunto: así como algunas de las relaciones se extinguen (derechos y obligaciones personalísimos); otras en cambio se transmiten a los herederos quienes deberán continuar la persona del causante (art. 3417 C.C.).

II.1.1.3.3.3.1. La Muerte Natural

La muerte natural, es un hecho jurídico que determina la extinción de una persona física, y a partir del cual se producen una serie de efectos jurídicos. El artículo 103 del Código Civil, dispone: *"Termina la existencia de las personas por la muerte natural de ellas. La muerte civil no tendrá lugar en ningún caso, ni por pena, ni por profesión en las comunidades religiosas". Cabe aclarar que* el Código Civil al referirse a muerte natural, lo hace en un tono genérico ya que no se ha querido excluir cualquier otro tipo de muerte, tal como podría ser la muerte violenta, cuyos efectos para el derecho civil son idénticos a la muerte por causa de enfermedad, vejez, etc.

Entonces, la existencia de las personas físicas se produce con la muerte, que es el hecho que pone fin a su vida, y con ello se alteran las relaciones jurídicas que se hubieran constituido en cabeza de ellas; o con la declaración de fallecimiento por parte del juez. Esto es así, porque algunas relaciones jurídicas se extinguen con la persona que le sirve o servía de soporte, son los llamados derechos u obligaciones inherentes a la persona; otras en cambio, se transmiten a los herederos del fallecido que resultan, por sucesión, investidos del carácter de propietario, acreedor o deudor que correspondía al causante.

Conforme analizaremos luego, uno de los efectos que tiene la muerte de una persona está directamente vinculada con el traspaso de sus bienes a las personas que la sucederán, es decir, sus herederos. Puede ocurrir, que una personas sea heredera de otra, pero al momento de fallecer se desconozca quien lo hizo primero, y por ende quien fue sucesora. Esto ha sido claramente resuelto por el Código Civil en su artículo 109 de la siguiente manera: *"Si dos o más personas hubiesen fallecido en un desastre común o en cualquier otra circunstancia de modo que no se pueda saber cuál de ellas falleció primero, se presume que fallecieron todas al mismo tiempo, sin que se pueda alegar transmisión alguna de derechos entre ellas".* Por tal motivo, si se ha producido la muerte de dos personas susceptibles de sucederse una a otra, y no se puede determinar cual falleció primero (sea en un mismo o en eventos distintos), la ley resuelve que se produjo el fallecimiento de todas al mismo tiempo y por ende no ha existido transmisión alguna de derechos entre ellas.

II.1.1.3.3.3.1.1. Efectos en relación con los Derechos

La muerte de una persona, es un hecho jurídico, ya que es un acontecimiento susceptible de producir adquisición, modificación, transferencia o extinción de derechos u obligaciones. Conviene analizar por separado, la influencia que ejerce la muerte de una persona sobre sus atributos inherentes a la personalidad, sus derechos patrimoniales y extrapatrimoniales.

II.1.1.3.3.3.1.2. Efectos en relación con los Atributos Inherentes

De su nombre se desprenden claramente los efectos, es decir, extinguida la persona desaparecen por consiguiente sus atributos inherentes. No se concibe que exista una persona sin atributos inherentes como así tampoco a estos sin que se constituyan en cabeza de alguna persona. En efecto, muerta la persona ya no tiene razón de ser su nombre, domicilio, capacidad, etc.

Por otra parte, la muerte no es obstáculo para que los hijos entablen acciones de filiación contra quienes consideren sus padres (art. 254 C.C.). Así también los herederos del difunto pueden promover o continuar acciones de impugnación de paternidad (art. 258 C.C.), o legitimidad de la filiación (art. 257 C.C.), o de impugnación de paternidad por parte de los herederos (art. 259 C.C.),

etc. Los sucesores universales del difunto pueden continuar todas las acciones de estado iniciadas por el causante, salvo la de divorcio.

II.1.1.3.3.3.1.3. Efectos en relación con los Derechos Extra-patrimoniales

La muerte produce la desaparición de los derechos extra-patrimoniales.

Así, la muerte disuelve el matrimonio y por consiguiente todo el cúmulo de derechos y deberes derivados de dicha unión. Lo mismo sucede respecto de la patria potestad, de la tutela y la curatela. También cesan con la muerte los derechos de la personalidad, tales como el derecho a la vida, a la salud, al honor, a la libertad, etc.

II.1.1.3.3.3.1.4. Efectos en relación con los Derechos Patrimoniales

En este caso, la regla es que los derechos patrimoniales no se extinguen con la persona, sino que se transmiten a los sucesores de éste. Esto es lo que da origen a la denominada sucesión por causa de muerte o "mortis causa".

A ello se refiere expresamente el artículo 3279 del Código Civil, al decir: *"La sucesión es la transmisión de los derechos activos y pasivos que componen la herencia de una persona muerta, a la persona que sobrevive, a la cual la ley o el testador llama para recibirla. El llamado a recibir la sucesión se llama heredero en este Código".*

La excepción a la regla antes mencionada, está compuesta por los denominados "derechos inherentes a la persona", es decir aquellos derechos y obligaciones que en virtud de haber sido constituidos en cabeza de una persona por alguna especial calidad o cualidad de la misma, no pueden ser transmitidos a otra ya que no tienen razón de ser si no son ejercidas por ella misma. A este respecto el artículo 498 del Código Civil, expone: *"Los derechos no transmisibles a los herederos del acreedor, como las obligaciones no transmisibles a los herederos del deudor, se denominan en este Código: derechos inherentes a la persona, obligaciones inherentes a la persona".* Como una suerte de efectos, que poseen los derechos y obligaciones inherentes a la persona, el 3417 del Código Civil dice: *"El heredero que ha entrado en la posesión de la herencia, o que sido puesto en ella por*

juez competente, continúa la persona del difunto, y es propietario, acreedor o deudor de todo lo que el difunto era propietario, acreedor o deudor, con excepción de aquellos derechos que no son transmisibles por sucesión...".

Los derechos inherentes a la persona, pueden revestir ese carácter por voluntad del legislador o de las partes. Ejemplos de los primeros, son: los derechos reales de usufructo, uso y habitación (arts. 2920 y 2969 C.C.); los derechos emanados del mandato (art. 1963, inc. 3º C.C.); los derechos emanados de jubilaciones, pensiones, etc.; el derecho a obtener la reparación del agravio moral a menos que el difunto hubiera ya entablado la acción judicial (art. 1099 C.C.). Los derechos que no pueden pasar a los sucesores por voluntad de las partes o de quienes los han creado, pueden ser los casos de dominio imperfecto (arts. 261, 2662 C.C.), alguna ventaja sujeta a dicha modalidad en contratos de pensión vitalicia, mutuo, comodato, etc.

Desde la óptica de las obligaciones no transmisibles, son aquellas que los romanos dieron en llamar "intuitu personae", muy común de observar en tipos de contratos de cómo locación de obra, caso en que por fallecimiento del empresario puede ser continuada la obra por los herederos, salvo que ésta (la obra) no exigiese en el empresario cualidades especiales (arts. 1640 y 1641 C.C.).

II.1.1.3.3.3.1.5. Prueba de la Muerte y Prueba Supletoria

Remisión a lo expuesto en los puntos donde se trató la Prueba del Nacimiento y la Prueba Supletoria del Nacimiento, en razón que le son aplicables esas disposiciones legales.

II.1.2. Personas de existencia ideal o jurídicas

El codificador no ha brindado un concepto o una definición específica sobre las mismas, solamente se ha limitado a diferenciarlas de las personas físicas de una manera muy particular y sin demasiados detalles. Así, el artículo 32 del Código Civil, expresa: *"Todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones, que no son personas de existencia visible, son personas de existencia ideal, o personas jurídicas".*

Mucho se ha discutido acerca de si las personas de existencia ideal y las personas jurídicas son idénticas. Tomando como referencia lo expresado en el artículo 46 del Código Civil, al determinar que *"Las asociaciones que no tienen existencia legal como personas jurídicas, serán consideradas como simples asociaciones civiles o religiosas, según el fin de su instituto, según el fin del instituto. Son sujetos de derecho, siempre que la constitución y designación de autoridades se acredite por escritura pública o instrumentos privados de autenticidad certificada por escribano público…"*, se deduce que el codificador ha determinado que las personas de existencia ideal y las personas jurídicas son dos especies de un mismo género. De manera tal que las personas de existencia ideal propiamente dicha, estaría reservada para distinguir a las personas ideales que como las sociedades civiles y comerciales, el consorcio de propiedad horizontal y las simples asociaciones, no dependen para existir como personas del derecho de un acto de reconocimiento expreso por parte del Estado.

II.1.2.1. Comienzo de la Existencia

Es claro lo que dispone el artículo 45 del Código Civil sobre el tema, al decir:

> *"Comienza la existencia de las corporaciones, asociaciones, establecimientos, etc., con el carácter de personas jurídicas, desde el día en que fueran autorizadas por la ley o por el gobierno, con aprobación de sus estatutos, y confirmación de los prelados en la parte religiosa.*
>
> *Las decisiones administrativas en esta materia podrán ser revocadas judicialmente por vía sumaria, en caso de ilegitimidad o arbitrariedad.*
>
> *En el supuesto de fundaciones cuyos estatutos no prevean el procedimiento para su reforma, podrá el Poder Ejecutivo disponer su modificación para hacer posible el cumplimiento del fin de la entidad. En este caso los órganos de gobierno de las fundaciones podrán interponer los recursos mencionados en el párrafo anterior".*

El artículo se refiere a las Asociaciones y Fundaciones, disponiendo que comienza su existencia con la aprobación del órgano estatal competente. Conforme se verá más adelante, no caben dudas que respecto las sociedades comerciales, la personalidad comienza con el acuerdo de voluntades de los socios en la celebración del contrato constitutivo.

En lo atinente a las instituciones de carácter religioso, interviene también la autoridad eclesiástica para dar su aprobación, sin la cual la entidad no adquiere el carácter de "persona jurídica". Al hacer mención el artículo 45 del Código Civil de "*prelados",* se está refiriendo los Obispos que invisten la autoridad de la Iglesia en cada diócesis bajo la subordinación del Papa.

II.1.2.2. Extinción de las Personas Jurídicas

Las personas jurídicas se extinguen a través de un medio similar al que le da vida. Siendo necesaria una decisión administrativa para comenzar la existencia, se requiere también de una decisión emitida por la autoridad competente para poner fin a la existencia de la persona. En tal sentido, podemos decir que el fin de la existencia de la persona procede, cuando la autoridad competente, por medio de un acto administrativo retira dicha personería.

Dicho acto, al igual que el que otorga o deniega la existencia de la persona no puede ser ilegítimo o arbitrario, por ende, debe fundarse en alguna causa legítima que justifique la adopción de tan grave medida.

Las causales que pueden dar lugar a la extinción de una persona jurídica, están expresamente determinadas en el artículo 48 del Código Civil, al decir:

> *"Termina la existencia de las personas jurídicas que necesitan autorización expresa estatal para funcionar:*
>
> *- por su disolución en virtud de la decisión de sus miembros, aprobada por la autoridad competente;*
>
> *- por disolución en virtud de la ley, no obstante la voluntad de sus miembros, o por haberse abusado o incurrido en transgresiones de las condiciones o cláusulas de la respectiva autorización, o porque sea imposible el cumplimiento de sus estatutos,*

o porque su disolución fuese necesaria o conveniente a los intereses públicos;

- por la conclusión de los bienes destinados a sostenerlas..."

Dada la claridad de la norma, no eximimos de hacer comentario alguno, puesto que las causales están claramente explícitas.

II.1.2.3. Clasificación. Enumeración Legal.

El artículo 33 del Código Civil, no realiza distinción alguna sobre personas jurídicas o personas de existencia ideal. El mismo, se limita a expresar lo siguiente:

"Las personas jurídicas pueden ser de carácter público o privado.

*Tienen **carácter público:***

- *El Estado Nacional, las provincias y los municipios.*
- *Las entidades autárquicas.*
- *La Iglesia Católica.*

*Tienen **carácter privado:***

- *Las asociaciones y fundaciones que tengas por principal objeto el bien común, posean patrimonio propio, sean capaces por sus estatutos de adquirir bienes, no subsistan exclusivamente de asignaciones del Estado, y obtengan autorización para funcionar.*
- *Las asociaciones civiles y comerciales y entidades que conforme a la ley tengan capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, aunque no requieran autorización expresa del Estado para funcionar".*

II.1.2.3.1. Personas Jurídicas Públicas

El Estado Nacional, Provincial y Municipal. La personalidad de los mismos, surge del régimen federal receptado por nuestra Constitución Nacional. En sociedades antiguas, incluida la Roma primitiva solos los individuos humanos eran personas de derecho, ya que la noción de Estado como órgano representativo del

pueblo, no era comprendida en los primeros tiempos en que las funciones propias del poder público se identificaban con la persona del Rey.

Por ello, existía una compenetración de la autoridad pública con el ser humano que la ejercía, pero en una posterior evolución se advirtió que la autoridad pública era muy diversa de la persona del soberano, por lo que nació el reconocimiento de la personalidad jurídica de la autoridad pública. Luego, una vez admitida la personalidad del Estado y superada la confusión entre este y la persona humana que ejercía el poder, se otorgó una doble personalidad según que actuara en el campo del derecho privado (persona jurídica) o del derecho público (poder administrador). En la actualidad, la mayoría de la doctrina comparte la idea de que el estado es una única persona o sujeto de derecho, independientemente si actúa en el campo del derecho privado o público.

La municipalidad tiene personalidad propia, a tenor de lo dispuesto por el artículo 5º de la Constitución Nacional.

Las Entidades Autárquicas son desprendimientos del Estado, a los que le encomienda funciones públicas específicas, y que para el cumplimiento de sus fines los dota de un patrimonio propio y atribuciones suficientes para su administración.

Son características de estas:

- De bien común
- Patrimonio propio,
- Organización humana específica para el cumplimiento de sus fines.

La Iglesia Católica es reconocida como persona jurídica de carácter público en el artículo 33 C.C., norma que tiene valor principalmente técnico, que reflejó la doctrina más moderna en la clasificación de las personas jurídicas y corrigió algunas deficiencias del texto original. Tanto en su anterior redacción como en la actual, este artículo ha traducido el reconocimiento de un "status" preferencial a la Iglesia Católica, ya exteriorizado en la Constitución Nacional, y que le permite el desenvolvimiento en el derecho público, a la vez que en el del derecho privado.[23]

[23] Sala, A.; Trigo Represas, F. ; López Mesa, M. *Código Civil Anotado.* Tº 4-A – pág. 25

La personalidad de la Iglesia, se predica tanto respecto de la Iglesia universal representada por el Papa, y que tiene su sede en Roma cuanto a las diócesis y parroquias, todas la cuales invisten el carácter de personas jurídicas públicas en nuestro ordenamiento jurídico. Invisten esa personalidad, independientemente de la jerarquía eclesiástica que tengan, el Papa, los obispos y los párrocos. En consecuencia, ostentan personalidad jurídica propia e independientemente cada diócesis o parroquia, que tiene patrimonio diferenciado y capacidad peculiar para obrar en derecho.

Las corporaciones religiosas no son personas públicas, sino privadas, lo que significa que para ser reconocidas como sujetos de derecho, deben estarse al trámite descripto en el artículo 45 del Código Civil. Distinto es lo que sucede con respecto a las "órdenes religiosas" existentes al tiempo de la sanción de la Constitución Nacional, puesto que ya quedaron reconocidas como personas jurídicas, a tenor del artículo 64º inc. 20 de la Constitución de 1853 (luego art. 67º inciso 20 de la Constitución de 1860). Respecto de las "órdenes religiosas" que se constituyan en la república con posterioridad a la sanción de la Constitución, requieren de un expreso reconocimiento de su personalidad a través de una ley.

II.1.2.3.2. Personas jurídicas privadas

Asociaciones y fundaciones. El ya transcripto artículo 33 del Código Civil, impone el requisito de que estas entidades deben tener como requisitos:

- principal objeto el bien común,
- patrimonio propio,
- capacidad conferida por sus estatutos de adquirir bienes,
- no subsistir exclusivamente de asignaciones del Estado,
- autorización para funcionar.

Las Asociaciones, son entidades conformadas y que por ende reciben la vida de la actividad de los miembros que la componen, es decir, sus asociados. Adquieren importancia por el hecho que sus asociados pueden mancomunar esfuerzos para el logro de determinados fines (de recreación, culturales, sociales, etc.) que en forma aislada le sería imposible de conseguir.

Poseen un "órgano de gobierno" deliberativo, que es la asamblea, autoridad superior de la asociación e integrada por todos los autorizados a participar según los estatutos cuya competencia es la toma de decisiones fundamentales para la entidad. Un "órgano ejecutivo", que obra bajo las instrucciones del primero a quien debe rendir cuentas de su gestión, se reúne en ocasiones determinadas y realiza el manejo cotidiano de los asuntos sociales. Un "órgano de contralor o vigilancia", cuya misión es fiscalizar los actos de la entidad como así también asesorar a la asamblea cuando debe expedirse sobre la gestión del órgano ejecutivo.

Por su parte la Fundación, es una organización para la realización de un fin altruista, a la que la ley le ha reconocido personería jurídica. Así, el artículo 1º de la Ley 19.836 expresa: *"Las fundaciones a que se refiere el art. 33 del Código Civil son personas que se constituyen con un objeto de bien común, sin propósito de lucro, mediante el aporte patrimonial de una o más personas, destinado a hacer posible sus fines. Para actuar como tales deberán requerir la autorización prevista en el art. 45 del citado Código".*

No existe vinculación alguna entre el fundador con la fundación misma, luego de que ésta obtenga la personalidad jurídica. La independencia de personalidad es completa, ya que el fundador es un extraño con respecto a la institución que ha fundado sin tener injerencia alguna en la gestión y manejo de los bienes de la entidad, salvo lo establecido en los estatutos, aunque todo lo allí previsto será semejante a la de cualquier extraño a la fundación.

Esta se rige en primer término por lo prescripto en los estatutos, que son la carta magna de la institución. El patrimonio puede ser conformado por los bienes adquiridos mediante donación o sucesión, según sea por actos entre vivos o mortis causa. La administración está a cargo de un "Consejo de Administración" integrado por un mínimo de tres personas, que tendrá todas las facultades necesarias para el cumplimiento del objeto de la fundación dentro de las condiciones que establezca el estatuto (art. 10 Ley 19836). Asimismo, el estatuto puede prever la delegación de facultades de administración y gobierno a favor de un comité ejecutivo integrado por miembros del consejo de administración; que ejercerá sus funciones entre los periodos de reuniones del citado consejo. Igualmente pueden delegar facultades ejecutivas en una o más personas, sean éstas miembros o no del consejo de administración (art. 14 Ley 19836). Así también en el artículo 20 de la misma ley, se

prohibe a los miembros del Consejo de Administración percibir retribuciones por el ejercicio de sus cargos.

Más allá de lo que dispongan sus estatutos, las fundaciones son estrictamente fiscalizadas que su funcionamiento se ajuste a las disposiciones legales y estatutarias, por parte de la autoridad de contralor (arts. 34, 35 y cc. Ley 19.836).

Sociedades Civiles y Comerciales. El artículo 1648 del Código Civil, ha definido a las Sociedades Civiles de la siguiente manera: *"Habrá sociedad, cuando dos o más personas se hubiesen mutuamente obligado, cada una con una prestación, con el fin de obtener alguna utilidad apreciable en dinero, que dividirán entre sí, del empleo que hicieran de lo que cada uno hubiere aportado".* Este contrato origina a un nuevo sujeto de derecho que no se confunde con cada uno de los socios, y que es titular del patrimonio constituido con los bienes aportados por éstos.

La creación de un nuevo sujeto de derecho, tiene como principales consecuencias, las siguientes:

- la sociedad tiene el dominio de los bienes entregados por los socios en propiedad;
- existen relaciones jurídicas entre los socios y la sociedad;
- los deudores de la sociedad no son deudores de los socios;
- la sociedad como sujeto de derecho, posee todos los atributos inherentes a la personalidad independientemente de los socios

Las sociedades comerciales también son sujetos de derecho (art. 2º Ley 19.550), y por ende le corresponden los mismos efectos que a las sociedades civiles.

Simples asociaciones. Son sujetos de derecho, provistos por el concurso de los miembros que los constituyen, carentes de finalidad lucrativa.

Presentan las siguientes características:

- Tienen pluralidad de miembros que con su actividad colectiva brindan soporte a su personalidad;
- Son de duración indefinida;
- Disponen de un fondo social;

- Persiguen un fin altruista o desinteresado.

Dichas personas se encuentran reguladas por el artículo 46 del Código Civil, que fuera antes tratado.

II.1.2.4. Fin de la existencia

La vida de la persona jurídica culmina con el retiro de la personería. Dicho acto, no puede ser arbitrario o absolutamente discrecional sino que debe fundarse en la concurrencia de alguna causa legítima que justifique la adopción de tan extrema medida. Las posibles causas que puede dar lugar a que termine la existencia de dichas personas, se encuentran enumeradas en el artículo 48 del Código Civil:

"Termina la existencia de las personas jurídicas que necesitan autorización expresa estatal para funcionar:

- *por su disolución en virtud de la decisión de sus miembros, aprobada por la autoridad competente;*
- *por disolución en virtud de la ley, no obstante la voluntad de sus miembros, o por haberse abusado o incurrido en transgresiones de las condiciones o cláusulas de la respectiva autorización, o porque sea imposible el cumplimiento de sus estatutos, o porque su disolución fuese necesaria o conveniente a los intereses públicos;*
- *por la conclusión de los bienes destinados a sostenerlas…".*

El mismo Código Civil, en su artículo 50 determina el destino que debe darse a los bienes una vez disuelta la entidad, así: "Disuelta o acabada una asociación con el carácter de persona jurídica, los bienes y acciones que a ella pertenecían, tendrán el destino previsto en sus estatutos; y si nada se hubiese dispuesto en ellos, los bienes y accione serán considerados como vacantes y aplicados a los objetos que disponga el Cuerpo Legislativo, salvo todo perjuicio a tercero y a los miembros existentes de la corporación".

Del tenor de dicha norma, claramente se desprende que una vez disuelta la asociación, corresponde realizar los siguientes pasos:

1º- Liquidación del Patrimonio: Liquidar los bienes importa reducirlos a dinero en efectivo u otra calidad análoga que permita la adjudicación de los mismos

a quienes corresponda. En efecto, una vez decretada la extinción de la persona jurídica, al cesar la personalidad de la misma, se hace necesario proceder a la liquidación de su patrimonio, por lo que se prolonga la función de sus órganos al solo efecto de realizar la misma y por el tiempo necesario para ello. De ahí, que se prolonga la personalidad de la entidad ya extinguida, a ese solo efecto.

2° Pago de Deudas: Una vez que se haya practicado la liquidación del patrimonio de la extinta personalidad jurídica, el producido de la misma debe aplicarse al pago de las deudas de aquella. Al decir el artículo 50 del C.C. *"... salvo todo perjuicio a tercero...",* se refiere justamente a que antes de que se dispongan los bienes liquidados conforme lo determina el estatuto o el cuerpo legislativo, deben ser canceladas la totalidad de las deudas oportunamente contraídas por la persona jurídica.

3° Destino Final de los Bienes: Siempre siguiendo lo prescripto por el artículo 50 del C.C., una vez satisfecha las deudas contraídas por la asociación, se procederá, a destinar los bienes conforme lo disponga el Estatuto y en caso de silencio de éste, según determine el cuerpo legislativo

CAPÍTULO III

CAPACIDAD

CAPITULO III
CAPACIDAD

III.1. Concepto

Se llama capacidad, a la aptitud de la persona para ser titular de las relaciones jurídicas. Esta aptitud (denominada capacidad de derecho) es la calidad saliente en la personalidad jurídica, a tal punto que con razón se ha dicho que no puede faltar en los individuos de una manera absoluta pues no sería concebible un individuo que no tuviera aptitud alguna para adquirir derechos y contraer obligaciones.

Pero tampoco puede existir plena e intacta en ninguno de ellos*: siempre la capacidad de derecho es una cuestión de grado, un oscilar entre ambos extremos sin alcanzar ninguno.* (Conf. Orgaz).

Por otra parte, existe también la capacidad de hecho, y consiste en la aptitud que tienen las personas para actuar por sí mismas, esto es, ejercer los derechos que ostentan.

Según Llambías, se trate de una u otra clase de capacidad, es siempre una aptitud del sujeto destinada a actuarse, es decir, a pasar de la potencia al acto. Esta expresión se entiende inserta en el campo de lo lícito, porque nadie tiene aptitud reconocida por el derecho para ejecutar actos ilícitos. Por lo tanto, las reglas referentes a la capacidad están siempre ordenadas en relación a concretar actos lícitos

El artículo 52 del Código Civil, dispone: *"Las personas de existencia visible son capaces de adquirir derechos o contraer obligaciones. Se reputan tales todos los que en este Código no están expresamente declarados incapaces".* En este sentido, se consideran personas capaces a todas ellas, por el solo hecho de ser tales, salvo que exista alguna causal que expresamente le imponga una incapacidad.

III.1.1. Caracteres

La capacidad además de los caracteres comunes a todos los atributos de las personas, tiene los que les son propios, a saber:

Es susceptible de grados: Se la puede tener en mayor o menor extensión, aunque la capacidad de derecho no se la podrá dejar de tener en una cierta medida. Téngase presente que la desigualdad de capacidad entre los hombres no afecta la igualdad ante la ley (artículo 16 Constitución Nacional).

Es un principio general: El derecho se interesa tanto en proteger a los alcanzados por el principio general como también a quienes están exceptuados.

Emanan de la Ley y son de interpretación estricta: Configuran una regulación de orden público que está más allá de la autonomía de la voluntad, quienes no pueden dejarla sin efecto, o renunciar a las mismas.

III.2. Incapacidad de Hecho y Derecho

Tener a una persona como incapaz, no significa otra cosa que considerarla carente de capacidad. Ahora bien, dicha carencia puede ser para ser titular de alguna o algunas relaciones jurídicas o para ejercer algún o algunos derechos. Lo que se quiere expresar es que una cosa es la **aptitud para ser titular** de derechos y obligaciones (capacidad de derecho), y otra es la **aptitud para ejercerlos** (capacidad de hecho). Ambos tipos de capacidades tienen sustanciales diferencias, no solo en su concepto sino también en su regulación.

Llambías explica que la capacidad de derecho (o incapacidad) mira al *aspecto estático* del derecho o constitución de la relación jurídica a que se refiere. En cambio la capacidad o incapacidad de hecho enfoca, al *aspecto dinámico* del

derecho o de la relación jurídica tal como ha quedado constituida. Supone la constitución de un derecho y mira el despliegue de su norma y lógico ejercicio.

El destacado especialista expone las diferencias entre ambos tipos de capacidades, de la siguiente manera:

Diverso Fundamento: La razón de ser de una y otra incapacidad es muy diferente.

La incapacidad de hecho se instituye, en razón de una insuficiencia psicológica del sujeto para el pleno ejercicio de sus derechos. Pero si la razón de ser de la incapacidad de hecho reside en una insuficiencia del sujeto, una vez impuesta la incapacidad adquiere un cierto carácter abstracto y se independiza de la razón que la motivó. De ahí que un menor de edad, no obstante su precocidad y talento, quede en situación de incapaz y un mayor de edad, pese a su rusticidad y atraso es apto para todos los actos de la vida civil, aun cuando comparativamente el primero pueda estar, en verdad, en mejor situación que el segundo para el manejo de sus asuntos. Es que la capacidad es una institución que funciona a través de los tipos rígidos que introducen una gran seguridad en las relaciones jurídicas, no obstante que en algún supuesto pueda traer algún resultado injusto.

La incapacidad de derecho se sustenta, generalmente, en razones de orden moral. Con su institución que impide que alguien sea titular de un derecho determinado, si para ello transgredió lo moralmente permitido. Es decir que cuando se veda al mandatario de adquirir bienes de su mandante, o al confesor de recibir por testamento bienes del testador a quien atendió en su última enfermedad, se trata de mantener las relaciones humanas en un nivel moralmente más saludable que si se permitiera lo que está prohibido. Pero la incapacidad, instituida por la ley, adquiere un carácter abstracto y se desentiende de las circunstancias reales de tal o cual persona; por cuanto podría ser que el mandatario hubiese pagado un precio mayor que el satisfactorio. O tal vez el confesor del difunto sea un sano varón a quien el causante habría dejado un legado para que lo distribuya según su criterio entre los menesterosos o a quienes acostumbrara socorrer.

Con prescindencia de esas particularidades concretas uno y otro son incapaces de derecho y, por tanto, ineptos para adquirir bienes por medio de actos que resultan nulos por ese motivo.

Diverso remedio: La incapacidad de hecho se suple por la institución de un representante que remedia la inferioridad en que se encontraba el sujeto. Inversamente la incapacidad de derecho no es susceptible de remedio, pues sería contradictorio de la prohibición legal que se previera algún modo de eludirla.

Diverso sentido de la institución: La incapacidad de hecho se establece para amparar al sujeto sobre quien recae. Es una medida de protección que se ha instituido para poner al titular de los bienes a cubierto de los inescrupulosos que quisieran aprovechar de su insuficiente madurez. En cambio, la incapacidad de derecho se instituye no para favorecer al incapaz, sino contra él, y para prevenir incorrecciones que pudieran intentarse si no existiese relato alguno.

Diverso rigor de la sanción de nulidad: Una y otra incapacidad dan lugar a la nulidad del acto jurídico obrando en contravención de la ley. Pero la nulidad funciona con un rigor muy distinto cuando la ley reacciona respecto de una incapacidad de hecho o de derecho.

Frente a la primera la ley reacciona benignamente e impone al acto obrado una nulidad relativa, que sólo puede ser articulada por el incapaz (arts. 1048, 1049 y 1164 C.C.).Por el contrario, frente a una incapacidad de derecho, la ley reacciona rigurosamente, imponiéndole al acto obrado en contravención la sanción de nulidad absoluta, que es la más intensa aniquilación al alcance del legislador.

Funcionamiento por Categorías: Las incapacidades de hecho pueden ser sistematizadas en dos categorías: absolutas y relativas. Las incapacidades de derecho no pueden ser absolutas, pues ello importaría el aniquilamiento de una persona.

III.3. Incapacidad Absoluta y Relativa

La incapacidad de hecho es la única que admite una división. De esta forma puede clasificarse en:

- Incapacidad absoluta
- Incapacidad relativa.

III.3.1. Incapacidad Absoluta

Es la que se refiere a quienes no tienen aptitud alguna para ejercer sus derechos, y por ello, no admite excepción. Solamente es concebible hablar de incapaces absolutos de hecho, ya que es impensable una persona incapaz absoluta de derecho, pues ello importaría el aniquilamiento de la personalidad.

En cambio, es posible hablar de incapacidad absoluta de hecho, porque ello no le impide a la persona adquirir derechos. En efecto, el fin que persigue la ley al tener a una persona como incapaz absoluta de hecho, es proteger a la misma sustituyéndola en el ejercicio de sus derechos, por intermedio de un representante que actúa en nombre y por cuenta del incapaz.

Solamente no podrá actuar el representante por cuenta y orden del incapaz, en aquellos actos que no admiten ser efectuados por otro que no sea la misma persona, son los denominados "actos personalísimos", ejemplo: testamento.

El artículo 54 del Código Civil, enumera las personas que tienen incapacidad absoluta, de la siguiente forma:

"Tienen incapacidad absoluta:

- *las personas por nacer;*
- *los menores impúberes;*
- *los dementes;*
- *los sordomudos que no saben darse a entender por escrito".*

Todas estas personas presentan como característica común la carencia de toda aptitud para ejercer por sí mismos sus derechos. La falencia apuntada es completa, y su incapacidad es absoluta.

III.3.1.1. Personas por Nacer

Está claro que por su propia naturaleza, las personas por nacer no pueden ejercer por sí ningún derecho, puesto que están en el seno materno. Conforme ya se expuso, la ley les otorga una muy restringida capacidad de derecho. El artículo 64 del Código Civil, admite que pueden adquirir bienes por donación o herencia. Esta

enumeración no es limitativa, debe reconocerse que las personas por nacer son capaces de adquirir otros derechos y aún de contraer ciertas obligaciones.

Además de lo dispuesto en el artículo 64 del Código Civil, debe reconocérseles los siguientes derechos:

- Adquirir bienes por legado, o por cargo impuesto a otro heredero o legatario.
- Poder ser reconocidos como hijos extramatrimoniales antes del parto (art. 248 C.C.).
- Tener derecho a alimentos, y poder reclamarlos por medio de su representante legal.
- Tener derecho a indemnización la persona por nacer, si durante el embarazo su padre u otra persona obligada a prestarle alimentos fallece por culpa de un tercero.
- Poder ser beneficiarias de un contrato de seguro.
- Eventualmente pueden contraer ciertas obligaciones, pero sólo en el caso de que ellas sean meros accesorios de los derechos adquiridos. Ej: el caso de un legado con cargo, que implique el cumplimiento de algunas obligaciones por parte del legatario; o la donación de un inmueble sobre el que pesare una servidumbre de paso; o la obligación de pagar impuestos que gravan una propiedad; etc.[24]

III.3.1.2. Menores Impúberes

El artículo 127 del Código Civil dispone: *"Son menores impúberes los que aún no tuvieren la edad de catorce años cumplidos,..."*. El fundamento de este tipo de incapacidad, reside en la insuficiente madurez del sujeto humano desde que adquiere uso de razón hasta que por el paulatino desarrollo de la aptitud intelectual obtiene un aceptable conocimiento de la vida en relación. Cuando esto ha llegado ya

[24] Borda, G. Ob. Cit. p. 244

es factible dar a la persona normal con la plena capacidad civil la posibilidad de que encare a riesgo suyo todas las vicisitudes de la vida.

A tenor de lo dispuesto por el artículo 54 inc. 2º del Código Civil, los menores impúberes son personas absolutamente incapaces de hecho. Por tal motivo, están inhabilitadas para realizar acto jurídico alguno. No obstante ello, la realidad es distinta puesto que en la vida actual los menores impúberes realizan pequeños actos, tales como comprar algún bien en un negocio, como ej. almacén o kiosco; contratos de transporte, en el simple hecho de tomar un colectivo para trasladarse de un lugar a otro; adquirir entradas para un espectáculo público; etc.

III.3.1.3. Dementes Interdictos

> ***Artículo 140*** *Código Civil: "Ninguna persona será habida por demente, para los efectos que en este Código se determina, sin que la demencia sea previamente verificada y declarada por juez competente".*
>
> ***Artículo 141*** *Código Civil: "Se declaran incapaces por demencia las personas que por causa de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes".*

El Código Civil usa la terminología dementes, para referirse a los enfermos mentales en general. Se ha señalado que esto es una terminología poco feliz y equívoca a la vez, ya que en medicina, la demencia es una forma clínica de alienación y los "dementes" sólo una clase de enfermedades mentales. Más allá de la denominación que se le otorgue, el fundamento de este tipo de incapacidad radica en que es necesario proteger al sujeto inepto para el gobierno de su persona y de sus bienes. Así entonces, se lo protege no permitiéndole que disponga de sus bienes ni a título gratuito ni a título oneroso si no concurre la voluntad del curador.

La mayoría de la doctrina, determina que para poder dictar una sentencia de incapacidad deben concurrir factores biológicos y jurídicos a la vez. Así, el factor psiquiátrico permite dar seguridad al pronunciamiento judicial, y el factor social indica la finalidad de ese pronunciamiento. Porque si se incapacita a un insano, es en tanto y cuanto la dolencia lo inhibe para el manejo de sí mismo y de sus bienes. Una

enfermedad mental carente de incidencia en la vida en relación, no interesa al derecho.

III.3.1.3.1. Requisitos para Declarar la Demencia

Para poder declarar a una persona "demente", deben concurrir los requisitos mencionados en el ya transcripto artículo 140 del Código Civil, y el artículo 142 del mismo cuerpo legal, que expresa *"La declaración judicial de demencia no podrá hacerse sino a solicitud de parte, y después de un examen de facultativos"*.

Entonces, de la normativa antes mencionada se desprende la existencia de los siguientes requisitos:

- ***Solicitud de Parte:*** La declaración de demencia sólo procede a petición de parte, por ende no puede el juez de oficio iniciar trámite alguno para declarar demente a ninguna persona. Algunos autores se han planteado si la denuncia es facultativa u obligatoria para las personas enumeradas en el artículo 144 del C.C. Borda entiende, que la cuestión no puede ser discutida de una manera general y absoluta. Si el enfermo necesita amparo para su persona o posee bienes, la denuncia es un deber y no solamente un derecho; y tan es una obligación, que el Código Civil reputa indigno del derecho de sucesión al pariente del difunto del demente y abandonado que no cuidó de recogerlo o hacerlo recoger en un establecimiento público (art. 3295 C.C.). Pero si el demente no posee bienes y está cuidado con afecto por su familia o personas de su amistad, la denuncia deja de ser obligatoria, porque en tal caso no existe interés jurídico en la comprobación judicial de la enfermedad.[25]
- ***Examen de Facultativo:*** Dada la trascendencia de la decisión a tomarse en esta materia, se requiere que el Juez sea auxiliado por un examen de un facultativo, quien deberá dictaminar respecto de la salud mental de la persona cuya incapacidad se solicita la declaración. Del análisis de la imperativa letra de la ley, claramente se deduce que no puede eximirse del examen del facultativo. Más claro queda luego de leer el artículo 143

[25] Borda, G. Ob. Cit. pág. 263

C.C.: *"Si del examen de facultativos resultare ser efectiva la demencia, deberá ser calificada en su respectivo carácter, y si fuese manía, deberá decirse si es parcial o total".*

- ***Declaración Judicial:*** Ninguna persona, por mayor deficiencia mental que posea será tenida como incapaz de hecho absoluta, sino a expresa declaración del Juez competente, que en estos casos será el del domicilio del denunciado.
- ***Enfermedad Mental:*** El requisito primario para poder declarar la interdicción de una persona, es que ella se encuentre afectada por una enfermedad mental típica, cualquiera sea su denominación y ubicación dentro del cuadro de enfermedades mentales que la ciencia psiquiátrica de cada tiempo pueda formular.
- ***Privación del Gobierno de su Persona y sus Bienes:*** Independientemente de cual sea la forma clínica de alienación, las cuales pueden diferir de una época a otra por los adelantos de la ciencia psiquiátrica, lo redundante para el presente caso es que la enfermedad mental que padezca una persona, le impida gobernar su persona y bienes.

III.3.1.3.2. Validez de los Actos

En este punto es importante considerar si algún acto jurídico fue realizado por un insano mental interdicto o no.

Actos Celebrados por Insanos Interdictos: En estos casos estamos en presencia de actos celebrados por personas incapaces, declaradas tal en juicio. Por ello, los efectos de la sentencia de interdicción son muy importantes, en cuanto ese pronunciamiento incide sobre la capacidad del sujeto y consiguientemente sobre la validez de los actos jurídicos que la persona realice en adelante, e indirectamente sobre los que ya hubiere realizado.

De acuerdo a la letra del artículo 54 inc. 3º del Código Civil, el demente interdicto es una persona incapaz absoluta, motivo por el cual los actos jurídicos otorgados por éste son nulos (arts. 1040 y 1041 del Código Civil). Conteste con ello, el artículo 472 del Código Civil, dice: *"Si la sentencia que concluya el juicio, declarase incapaz al demandado, serán de ningún valor los actos posteriores de*

administración que el incapaz celebrare". Si bien la norma se refiere expresamente a los actos de administración, es obvio que también le está vedado realizar por sí sólo algún acto de disposición. A tal punto llega su incapacidad, que en ella se incluye la realización de actos de carácter extra-patrimonial como son los llamados *"actos personalísimos",* tales como el matrimonio, el testamento, el reconocimiento de filiación, la impugnación de paternidad, etc.

Actos Celebrados por Insanos no Interdictos: Como una suerte de principio general, podemos decir que mientras no se dicte la declaración judicial de interdicción el insano es una persona capaz de gestionar sus derechos y proveer al cuidado de su persona. Esto es así, porque la capacidad es un asunto que maneja la ley, y en este caso lo hace a través de un procedimiento especial para declarar la incapacidad de la misma, que no ha sido cumplido.

No hay que confundir responsabilidad con capacidad, puesto que para que exista aquella es necesario que haya discernimiento al momento de obrar. Es indispensable que exista discernimiento para que haya responsabilidad, y a la inversa si no hay discernimiento queda excluida la responsabilidad, por ser inimputable el sujeto. El codificador en el artículo 473 del Código Civil, ha determinado los efectos que deben tener los actos realizados por insanos mentales no interdictos: *"Los* (actos) *anteriores a la declaración de incapacidad podrán ser anulados, si la causa de la interdicción declarada por el juez, existía públicamente en la época en que los actos fueron ejecutados. Si la demencia no era notoria, la nulidad no puede hacerse valer, haya habido o no sentencia de incapacidad, contra contratantes de buena fe y a título oneroso".*

De la norma transcripta, surge que los actos jurídicos celebrados por los insanos no interdictos son *"anulables",* esto es, susceptibles de ser anulados por un pronunciamiento judicial que se dicte al respecto. Para que ello proceda, la causa de la interdicción debía existir públicamente en la época en que los actos fueron ejecutados. Explica Llambías, que este sistema fue impetrado por Velez Sarsfield, en razón que la sentencia de interdicción también ejercía cierta influencia sobre el pasado, haciendo nacer un periodo de "sospecha" a partir de la época de existencia pública de la enfermedad mental que dicha sentencia verificaba. Pues lógicamente la enfermedad ha necesitado un lapso de generación, y aun es dable pensar que antes del juicio o de la sentencia ha podido conocerse públicamente esa misma dolencia que luego comprobaran los jueces como existente en el incapaz. Por tanto, lo

razonable era invalidar los actos jurídicos efectuados por el insano con la sola prueba de que ellos fueron realizados luego de ser públicamente conocida su enfermedad mental. En caso de declararse la nulidad del acto jurídico, la misma será relativa, por cuanto su finalidad es la protección del insano mismo, para que su situación de inferioridad no se convierta en causa de males que vayan en detrimento de su persona.

Resulta claro, que para declarar la invalidez de un acto obrado por un insano no interdicto, es necesario acreditar que al momento de otorgar el mismo, se encontraba en estado de privación de la razón. Ahora bien, el segundo párrafo del artículo 473 del C.C., determina que el insano cuya demencia no fue notoria, nunca puede hacer valer su incapacidad para anular actos onerosos celebrados con contratantes de buena fe.

III.3.1.3.3. Cesación de la Incapacidad

La incapacidad provocada por la declaración de interdicción perdura indefinidamente mientras el incapaz no sea rehabilitado. Así lo prescribe el artículo 150 del Código Civil: *"La cesación de la incapacidad por el completo restablecimiento de los dementes, sólo tendrá lugar después de un nuevo examen de sanidad hecho por facultativos, y después de la declaración judicial, con audiencia del Ministerio de Menores".* Sólo procede la rehabilitación si se produce el restablecimiento total del interdicto, ya que si éste tuviere un restablecimiento parcial o una simple mejoría no es motivo suficiente para declarar la rehabilitación. Tales aspectos médicos deben ser dictaminados por los facultativos, y de la misma manera en que se declaró la incapacidad, la rehabilitación debe ser declarada por el Juez competente, con audiencia del Ministerio de Menores.

Están facultados para pedir la rehabilitación, las mismas personas aptas para solicitar la declaración de incapacidad, a saber: el esposo/a no separados personalmente o divorciados; parientes; ministerio de menores; el respectivo cónsul, si el demente fuese extranjero; cualquier persona del pueblo, cuando el demente fuere furioso, o incomode a sus vecinos.

III.3.1.4. Sordomudos

Sordomudos, son aquellos que poseen una deficiencia tal que les impide hablar con otras personas u oír lo que se les dice. Evidentemente, esta situación los coloca en una posición de inferioridad respecto de sus semejantes, motivo por el cual la ley les crea una protección.

De todas formas la ley impone un requisito adicional a la sordomudez que pueda tener una persona, consistente en que no puedan darse a entender por escrito. Así se determina en el artículo 153 del Código Civil: *"Los sordomudos serán habidos por incapaces para los actos de la vida civil cuando fuesen tales que no puedan darse a entender por escrito".*

Para la comprobación de tal incapacidad, se sigue un procedimiento semejante al de los dementes. En este sentido, el artículo 154 dispone: *"Para que tenga lugar la representación de los sordomudos, debe procederse como con respecto a los dementes; y después de la declaración oficial debe observarse lo que queda dispuesto respecto a los dementes".*

Deben comprobarse dos requisitos en las personas:

- Sordomudez
- No saber darse a entender por escrito

Adviértase que a diferencia de lo que ocurre con los dementes, en este caso no se requiere ineptitud del sujeto para el gobierno de su persona y bienes. Asimismo, para levantar la interdicción del sordomudo debe procederse de la misma forma que respecto del demente. Tal lo prescripto por el artículo 158 del Código Civil: *"Cesará la incapacidad de los sordomudos del mismo modo que la de los dementes".*

III.3.2. Incapacidad Relativa

A diferencia de la incapacidad absoluta, ésta admite excepciones. Esto se desprende del artículo 55 del Código Civil, al decir: *"Los menores adultos sólo tienen capacidad para los actos que las leyes les autorizan otorgar".* Los menores adultos se encuentran habilitados para realizar una mayor cantidad de actos que los

impúberes, pero el ejercicio de tales facultades va variando a través del cumplimiento de edades que la ley va fijando en cada caso en particular. Así, por ejemplo:

- Pueden contraer matrimonio los varones a los 18 años y las mujeres a los 16 años
- Pueden ejercer el comercio desde los 18 años (art. 10 y 11 del Cód. de Comercio).
- Pueden otorgar testamentos desde los 18 años (art. 3614 C.C.).
- Pueden reconocer hijos extra-matrimoniales (art. 286 C.C.).
- Pueden contraer obligaciones naturales (art. 515 C.C.).
- Pueden defenderse en juicio criminal (art. 286 C.C.).
- Pueden actuar en el fuero laboral.
- Concertar contratos concernientes a su empleo (art. 283 C.C.).
- Pueden actuar como mandatarios de otros, válidamente respecto de terceros. En relación con el mandante puede alegar la nulidad para excluir la responsabilidad (arts. 1897 y 1898 C.C.).
- Pueden ser testigos en juicios.
- Pueden obligarse como depositarios en caso de depósito necesario.[26]

III.3.2.1. Menores que han Cumplido los 18 años de edad

Expresa la 2ª parte del artículo 128 del Código Civil: *"...Desde los 18 años el menor puede celebrar contrato de trabajo en actividad honesta sin consentimiento ni autorización de su representante, quedando a salvo al respecto las normas del derecho laboral. El menor que hubiere obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión podrá ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización. En los dos supuestos precedentes, el menor puede*

[26] Llambías, J. *Tratado de Derecho Civil.* (Parte General). Tº I, 650 – p. 446.

administrar y disponer libremente los bienes que adquiere con el producto de su trabajo y estar en juicio civil o penal por acciones vinculadas a ellos".

Llambías afirma que "Esto significa que la capacidad laboral se adquiere a los 18 años y que en cambio la capacidad profesional, es decir, referente al ejercicio por cuenta propia de una profesión, se la adquiere independientemente de la edad y a mérito del título habilitante obtenido. Así se entiende, desde que el art. 128 C.C. contempla dos supuestos distintos de capacitación de menores, uno para celebrar contratos de trabajo, cuyo presupuesto fáctico es tener 18 años, y otro para el ejercicio de profesión por cuenta propia que se apoya en el título profesional habilitante. Son dos supuestos de capacidad diferentes, que funcionan en virtud de requisitos diversos"[27].

Los efectos que producen la capacidad laboral o profesional del menor, consiste en un fondo de bienes que tienen un régimen separado dentro del patrimonio del mismo menor, y que puede administrar y disponer libremente, sea a título oneroso o gratuito.

III.3.2.1.1. Efectos de los Actos de Menores Impúberes y Púberes

Ha quedado claro que en lo que a capacidad se refiere, ambas clases de menores sea en forma absoluta o relativa, son incapaces. No obstante que los menores adultos pueden realizar una diversidad cuantitativa mayor de actos, aún dentro de los menores adultos existe una sustancial diferencia respecto los actos que pueden realizar los mayores y menores de 18 años. A título de ejemplo en algún fallo se ha dicho que "los recibos firmados por un menor impúber son nulos. En cambio, son válidos los otorgados por un menor adulto"[28].

El menor adulto es un incapaz relativo de hecho que sólo puede otorgar actos por sí los actos lícitos que las leyes le autorizan, respecto de aquellos de los cuales no tiene autorización, igualmente podrá otorgarlos, pero por intermedio de su representante.

---

[27] Llambías, J. *Tratado de Derecho Civil*. (Parte General). Tº I, 650 bis – p. 447.

[28] SCBA, 26/09/1978, DJBA 116-122

III.3.2.2. Inhabilitados

Este es un sistema que algunos han dado en llamar de semicapacidad. Tiene por fin suplir las deficiencias psíquicas que adolecen ciertas personas médicamente normales, cuando esos defectos pueden traducirse en perjuicios patrimoniales para el sujeto y por ende para su familia. Para Llambías, el fin de la institución es, sobre todo, "el amparo de la familia de los deficientes y viciosos".

Este instituto fue introducido en el Código Civil por la Ley 17711, y es por demás interesante conocer el fundamento dado por el autor de la misma respecto a este tema: "En el sistema de nuestro Código Civil no había más que locos y sanos. Pero ese esquema no se adecua a la realidad humana. En el campo de la patología psíquica existe una infinita gama de trastornos, desde la perfecta salud hasta la más franca y completa alteración de las facultades mentales. Simples trastornos de la afectividad y la volición, la debilidad de espíritu, las manías parciales, constituyen muchas veces estados fronterizos o intermedios, que no justifican una interdicción total del enfermo, pero que lo colocan en una situación de inferioridad ante sus semejantes, que hacen aconsejable una protección legal. En igual situación están algunas personas que aun conservando intacta su mente, se encuentran en una situación de enfermedad física grave. La parálisis, la mutilación, la ceguera, sobre todo cuando sobrevienen simultáneamente, suelen determinar verdaderas incapacidades naturales y colocar al enfermo en una situación de inferioridad y de dependencia respecto de terceros. En parecida situación se encuentran los seniles, los ebrios consuetudinarios, los toxicómanos, los pródigos. Era pues necesario arbitrar un sistema que protegiera a todas estas personas, pero sin colocarlas en la misma situación de incapacidad que los dementes, lo que sería excesivo e injusto. A ellos responde la institución de la inhabilitación. La idea general, es que el inhabilitado puede administrar sus bienes pero no disponer por sí solo de ellos, para lo cual requiere la conformidad del curador que debe nombrársele".[29]

La inhabilitación constituye una asistencia a favor de aquellos sujetos, que si bien están dotados de discernimiento para la generalidad de sus actos, posee falencias en otros aspectos de su personalidad, que lo lleva a realizar actos que menoscaban su patrimonio. Es por esto, que se hace necesario someter al

[29] Borda, G. Ob. Cit. pág. 281

inhabilitado al contralor de otra persona para la realización de ciertos actos, cuya trascendencia económica pueden incidir desfavorablemente en el patrimonio. De ahí que para dichos actos, se hace necesario la conformidad expresa del curador designado o del juez.

Es decir que estamos en presencia de personas que son capaces para la generalidad de los actos de la vida civil, pero a la vez, existen otros actos que requieren de cierta autorización. El fundamento, es que por ser actos que exceden la administración ordinaria requieren de dicha autorización. La inhabilitación tiene un sentido tutelar que se concreta con un restricción de la capacidad, y se aplica a aquellas personas que son capaces por razón de la edad, y que por diversas causas conviene retraer a una situación de incapacidad con relación a ciertos actos determinados.

Artículo 152 bis Código Civil:

"Podrá inhabilitarse judicialmente:

A quienes por embriaguez habitual o uso de estupefacientes estén expuestos a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio.

A los disminuidos en sus facultades cuando, sin llegar al supuesto previsto en el artículo 141 de este Código, el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio.

A quienes por lo pródigo en los actos de administración y disposición de sus bienes expusiesen a su familia a la pérdida del patrimonio. Sólo procederá en este caso la inhabilitación si la persona imputada tuviera cónyuge, ascendientes o descendientes y hubiere dilapidado una parte importante de su patrimonio. La acción para obtener esta inhabilitación sólo corresponderá al cónyuge, ascendientes y descendientes.

Se nombrará un curador al inhabilitado y se aplicarán en lo pertinente a las normas relativas a la declaración de incapacidad por demencia y rehabilitación.

Sin la conformidad del curador los inhabilitados no podrán disponer de sus bienes por actos entre vivos.

Los inhabilitados podrán otorgar por sí solos actos de administración, salvo los que limite la sentencia de inhabilitación teniendo en cuenta las circunstancias del caso".

Entendemos que si el curador negare la autorización para que el inhabilitado realice algún acto, puede éste hacer rever esa decisión al Juez. Están facultados para instar ante el Juez competente la declaración de inhabilitación, las designadas en el artículo 144 del Código Civil, con la limitación que indica el mismo artículo 152 bis, para los casos de pródigos.

III.3.2.3. Cesación de la Incapacidad

A tenor del 1º párrafo del artículo128 del C.C., la incapacidad puede finalizar por el cumplimiento de la mayoría de edad o por la emancipación. Así: *"Cesa la incapacidad de los menores por la mayor edad, el día en que cumpliere veintiún años, y por su emancipación antes que fuesen mayores...".*

III.3.2.3.1. Mayoría de Edad

De acuerdo con la norma antes transcripta, la incapacidad de las personas menores cesa al momento en que cumplen 21 años de edad. Conforme ya se expuso, para ser capaz de hecho no se requiere otro requisito que el cumplimiento de dicha edad, independientemente de la madurez mental que pueda tener el sujeto. A la hora de estudiar los efectos que ello produce, debemos tener en cuenta lo prescripto en el artículo 129 del Código Civil*: "La mayor edad habilita, desde el día que comenzare, para el ejercicio de todos los actos de la vida civil, sin depender de formalidad alguna o autorización de los padres, tutores o jueces".* Esto nos indica que desde la 0 horas en que la persona cumple los 21 años de edad, queda habilitada para la realización de todo acto por sí mismo, no requiriendo para tales efectos del consentimiento o autorización de otra persona.

Así también, el artículo 130 del mismo cuerpo legal, dice: *"Para que los menores llegados a la mayor edad entren en la posesión y administración de sus*

bienes, cuando la entrega de éstos dependa de la orden de los jueces, bastará que simplemente presenten la prueba legal de su edad".

Esta norma se encuentra vinculada a aquellos menores que poseen bienes, y que por la incapacidad misma se encuentran privados de la administración de los mismos. Debido a ello, sea que la administración la tengan los padres, algún tutor o un juez, deben inmediatamente entregar los mismos al ex menor, no necesitando éste de otro medio probatorio que la acreditación de la edad.

III.3.2.3.2. Emancipación Civil

Por medio de este instituto, los menores de edad quedan liberados de la incapacidad que pesa sobre ellos, en forma anticipada al cumplimiento de la mayoría de edad. Por otra parte, la emancipación también es causa de extinción de la patria potestad (art. 306, inc. 4 C.C.), y de la tutela (art. 455, inc. 2º C.C.). Por consiguiente, el menor emancipado queda en la situación de capacidad de las personas mayores de edad, y está habilitado para todos los actos de la vida civil, con la salvedad de los actos enumerados en los artículos 134 y 135 del Código Civil.

El Código Civil, ha instituido dos formas de emancipación: emancipación por matrimonio y emancipación por habilitación de edad.

III.3.2.3.2.1. Emancipación por Matrimonio

Dos artículos del Código Civil se refieren expresamente a este instituto, ellos son el artículo 131, *"Los menores que contrajeren matrimonio se emancipan y adquieren capacidad civil con las limitaciones previstas en el artículo 134..."*; y el artículo 306 inciso 4) *"La patria potestad se acaba:... 4) por emancipación legal de los hijos sin perjuicio de la subsistencia del derecho de administración de los bienes adquiridos a título gratuito, si el matrimonio se celebró sin autorización..."*.

El fundamento del artículo 306 C.C. reside en la incompatibilidad de que un cónyuge se encuentre sujeto a la patria potestad o tutela de otra persona. En lo referente a los requisitos para emanciparse por matrimonio, son tener edad hábil para contraer nupcias (18 años el varón y 16 la mujer), y haber celebrado matrimonio. El 2º párrafo del artículo 131 del C.C. dispone lo siguiente: *"...Si se hubieren casado*

sin autorización no tendrán, hasta los 21 años la administración y disposición de los bienes recibidos o que recibieren a título gratuito, continuando respecto de ellos el régimen legal vigente de los menores, salvo ulterior habilitación...". Por tanto, si adulterando los documentos de identidad se hubiere burlado al funcionario del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, y obtenido la celebración del matrimonio, la emancipación producirá todos sus efectos con la salvedad hecha en la norma.

III.3.2.3.2.2. Emancipación por Habilitación de Edad

Siguiendo con el análisis del artículo 131, que en su 3º, 4º y 5º párrafo prescribe lo siguiente: *"...Los menores que hubieren cumplido dieciocho años podrán emanciparse por habilitación de edad, mediante decisión de quien ejerza sobre ellos la patria potestad. Si se encontraren bajo tutela, podrá el juez habilitarlo a pedido del tutor o del menor, previa sumaria información sobre la aptitud de éste. La habilitación por los padres se otorgará por instrumento público que deberá inscribirse en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.*

Tratándose de la habilitación judicial bastará la inscripción de la sentencia en el citado registro. La habilitación podrá revocarse judicialmente cuando los actos del menor demuestren su inconveniencia, a pedido de los padres, de quien ejercía la tutela al tiempo de acordada o del ministerio pupilar".

Así, el Código Civil ha adoptado un régimen dual si se quiere, ya que un menor se puede emancipar mediante un acto voluntario de los padres, o en su defecto por sentencia judicial. Está claro que para que procedan ambos regímenes, es indispensable el expreso consentimiento del menor, debiendo a su vez, a posteriori inscribirse en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, el instrumento público o la sentencia emitida por el Juez donde se formalizó la emancipación.

La emancipación por habilitación de edad es una institución organizada con un fin muy concreto; favorecer el desenvolvimiento de los menores de 18 años que evidencian una anticipada madurez y que requieran, en consecuencia –por su

ubicación en la vida o por alguna otra circunstancia especial-, una esfera mayor de capacidad.[30]

En cuanto a sus efectos ambos tipos de emancipación poseen los mismos, con la salvedad que la emancipación dativa o por habilitación de edad, puede ser revocada por quienes la otorgaron.

III.3.2.3.3. Régimen de Capacidad de los Emancipados

Las personas que se hubieran emancipado quedan habilitados para todos los actos de la vida civil, con las excepciones previstas en los artículos 134 y 135 del Código Civil. Es importante tener en cuenta algunas consideraciones realizadas por Llambías: "Con todo, la condición del menor emancipado no es idéntica a la del mayor de edad, pues su capacidad general se ve modificada por la incidencia de los arts. 134 y 135 del Código. Por el juego de todas esas disposiciones el menor emancipado queda ubicado como persona capaz con restricciones para actos determinados; es capaz por regla general, e incapaz por excepción, respecto de ciertos actos de carácter patrimonial. Con ello se observa que su régimen de capacidad se rige por un principio contrario al que gobierna la capacidad del menor adulto. Éste es incapaz por regla general y capaz por excepción; el menor emancipado, a la inversa, es capaz por regla general e incapaz por excepción, con la particularidad de que las excepciones no inciden en las relaciones de familia"[31].

III.3.2.3.3.1. Actos Absolutamente Prohibidos

El Artículo 134 C.C. detalla las acciones que quedan totalmente prohibidas realizar a los emancipados. El texto del mismo dice lo siguiente:

"Los emancipados no pueden ni con autorización judicial:

- **Aprobar cuentas de sus tutores y darles finiquito**.

[30] CNCiv. E, 12/04/84, ED 109-200

[31] Llambías, J. *Tratado de Derecho Civil*. (Parte General). Tº I, 667 – p. 463.

Finiquitar cuentas del tutor, es dar la conformidad con la gestión realizada por el mismo, con el saldo patrimonial que hubiera arrojado la misma.

- **Hacer donación de bienes que hubieren recibido a titulo gratuito**.

  Esto no es otra cosa, que la prohibición de disponer a título gratuito adquiridos a título gratuito.

- **Afianzar obligaciones"**.

  Al emancipado también le está vedado, ser garante de deudas ajenas

III.3.2.3.3.2. Actos Sujetos a Autorización Judicial

> ***Artículo 135*** *C.C.: "Los emancipados adquieren capacidad de administración y disposición de sus bienes, pero respecto de los adquiridos por título gratuito antes o después de la emancipación, sólo tendrán la administración; para disponer de ellos deberán solicitar autorización judicial, salvo que mediare acuerdo de ambos cónyuges y uno de éstos fuere mayor de edad".*

El artículo 136 del mismo cuerpo legal, expresa: "La autorización judicial no será dada sino en caso de absoluta necesidad o de ventaja evidente, y las ventas que se hicieren se sus bienes, serán siempre en pública subasta".

La citada norma impone una doble directiva al Juez autorizante de la operación: por un lado debe verificar la existencia de necesidad de la venta para el emancipado o en su defecto, que obtenga de la operación una ventaja evidente (nótese la claridad de la directiva). Una vez determinado alguno de los extremos indicados, la venta deberá hacerse en pública subasta.